

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
Nature Juridique
des

Avantages Matrimoniaux

Résultant principalement du Régime de Communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Lundi 29 Juin 1914, à quatre heures

PAR

Pol ROBERT

Président : M. FR. GÉNY, *Professeur.*
Suffragants { MM. BINET, *Professeur, Doyen.*
 { NAST, *Agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, 14

1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
Nature Juridique

des

Avantages Matrimoniaux

Résultant principalement du Régime de Communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Lundi 29 Juin 1914, à quatre heures

PAR

Pol ROBERT

Président : M. FR. GÉNY, *Professeur.*

Suffragants } MM. BINET, *Professeur, Doyen.*
 } NAST, *Agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, 14

1914



FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I. .

Doyen honoraire et professeur honoraire : M. BLONDEL, , I. .

Professeur honoraire : M. MAY, I. .

MM. BINET, I. , Professeur de Code civil et chargé du Cours d'Enregistrement, Doyen.

GARNIER, I. , Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation financière.

BOURCART, , I. , Professeur de Droit commercial et chargé d'un Cours de Droit commercial (Licence).

GAVET, I. , Professeur d'Histoire du Droit, chargé du Cours d'Histoire du Droit public, et du Cours d'Histoire du Droit et des Institutions juridiques de l'Est.

CHRETIEN, I. , Professeur de Droit international public et privé, et chargé du Cours de Droit international public (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I. , Professeur de Droit public et constitutionnel, et chargé des Cours de Droit public (Licence) et de Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat).

GENY, I. , Professeur de Code civil et chargé du Cours de Droit civil comparé (Doctorat).

MICHON, I. , Professeur de Droit romain et chargé du Cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat).

BROCARD, A. , Professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat), et chargé d'un Cours d'Economie politique (Licence).

ROLLAND, A. , Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif (Doctorat).

SENN, A. , Professeur de Droit romain et chargé d'un Cours de Législation industrielle (Licence) et d'un cours de Pandectes.

NAST, Agrégé, chargé du Cours de Droit criminel, d'un Cours de Droit naturel et d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

MOREL, Agrégé et chargé d'un Cours de Droit civil et du Cours de Législation et Economie coloniales.

LOUDINOT, Docteur en Droit, chargé des Cours de Procédure civile et de voies d'exécution.

SIMONNET, A. , Docteur en Droit, chargé d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

RENARD, A. , Docteur en Droit, chargé d'un Cours d'Eléments de Droit public et administratif (Capacité).

MELIN, A. , Docteur en Droit, chargé du Cours de Science sociale.

ROVEL, I. , Docteur en Droit, Secrétaire.

BIBLIOGRAPHIE

- Amiaud.** — *Traité formulaire général du notariat*, t. I.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. V.
- Barraud.** — *Des clauses de partage inégal de la communauté et de leur caractère juridique*, thèse Poitiers, 1901.
- Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville.** — *Traité théorique et pratique de droit civil. — Du contrat de mariage ou Des régimes matrimoniaux*, 3^e éd., 1906, t. II.
- Beaumanoir.** — *Livres des Coustumes et des Usages de Biauvoizins.*
- Bellot des Minières.** — *Régime dotal et communauté d'acquêts*, t. III.
- Boerius.** — *Decisiones burdegalenses.*
- Boucher d'Argis.** — *Traité des gains nuptiaux et de survie*, Lyon, 1738.
- Bourcart.** — Note dans S. 1892, 2, 65.
- Brissaud.** — *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. II.
- Carpentier.** — *Traité théorique et pratique du divorce*, Paris, 1888.
- Championnière et Rigaud.** — *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, Paris, 2^e éd., 1851, t. IV.
- Coin-Delisle.** — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XX, année 1862.
- Colin (Ambroise).** — Note dans D. 1901, 1, 433.
- Coquille (Guy).** — *Œuvres*, Bordeaux, 1703.
- Corpus Juris Civilis.* — Volumen primum, *Digesta*, XXIV, I, loi V. — Volumen secundum, *Codex Justinianus*, liv. V, tit. IX.
- Dalloz.** — *Jurisprudence générale (Recueil périodique et critique).*
— *Jurisprudence générale (Enregistrement).*
- Degaïgne.** — *De la nature juridique des avantages entre époux*, thèse Paris, 1898.
- Demante et Colmet de Santerre.** — *Cours analytique de Code civil*, t. VI.
Dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèques.

- Ferron.** — Note dans S. 1900, 1, 233 et article de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XL, 1911.
- Guillouard.** — *Traité du contrat de mariage*, t. III.
- Henrys.** — *Œuvres*, avec observations de Bretonnier, éd. en 4 tomes, Paris, 1771.
- Huc.** — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX.
Instructions générales et circulaires de l'enregistrement et des domaines.
Journal de l'enregistrement et des domaines.
Journal officiel. — Chambre des députés, décembre 1903, avril 1911, février 1913. — Sénat, décembre 1903.
- Labbé.** — Note dans S. 1878, 2, 193.
- Lassaigne.** — *Des libéralités faites par un époux remarié*, thèse Bordeaux, 1910.
- Laurent.** — *Principes de droit civil français*, III, XXIII.
- Le Brun.** — *Traité de la communauté entre mari et femme*, liv. I-III, Paris, 1734.
 — *Traité des successions*, liv. II, Paris, 1735.
- Lefebvre.** — *Le droit des gens mariés.*
 — *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit*, Cours de doctorat, 1910.
- Locré.** — *La législation civile, commerciale de la France*, t. XIII.
- Loysel.** — *Institutes coutumières.*
- Martin.** — *Du partage inégal de la communauté en faveur de l'époux survivant*, thèse Paris, 1911.
- Maynard.** — *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse.*
- L. et A. Mérignhac.** — *Du régime de communauté*, t. II.
- Merlin.** — *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux*, t. III.
- Olim (Les).** — III.
- Pasicrisie belge*, 1844, 1859.
- Planiol.** — Note sous D. 1891, 2, 353.
- Pothier.** — *Œuvres complètes.* — *Traité de la communauté*, liv. I.
 — *Traité des donations entre mari et femme*, liv. I, ch. II.
 — *Traité des donations entre vifs*, sect. 3.
 — *Traité du contrat de mariage.*
 — *Introduction à la coutume d'Orléans.*

Répertoire général de l'enregistrement, des domaines, du timbre et des hypothèques (par **Garnier**).

Répertoire périodique de l'enregistrement.

Revue critique de législation et de jurisprudence, t. XX et XL.

Ricard. — *Traité des donations entre vifs*, 1^{re} partie, ch. IV, sect. III.

Rodière et Pont. — *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 1865-1869, t. III.

Sirey. — *Recueil périodique des lois et arrêts.*

Tessier. — *Traité de la Société d'acquêts.*

Thiébot. — *Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités*, thèse Caen, 1911.

Toullier. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, t. XIII-XV.

Troplong. — *Contrat de mariage*, t. III.

Wahl. — Note dans D. 1901, 1, 439; S. 1891, 1, 130; S. 1905, 2, 257 et s.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

D. = Dalloz périodique.

D. E. = Dictionnaire des droits d'enregistrement.

Instr. = Instructions générales de l'enregistrement.

J. = Journal de l'enregistrement et des domaines.

R. E. = Répertoire général de l'enregistrement.

R. P. = Répertoire périodique de l'enregistrement.

S. = Recueil périodique de Sirey.

S. et P. = Sirey et Journal du Palais.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le mariage est avant tout une union de personnes ; mais l'association de deux existences et de deux destinées est inconcevable sans une société d'intérêts, qui en est le prolongement forcé. Par les multiples charges communes qu'il fait naître, le mariage soulève une foule de problèmes intéressant les patrimoines des conjoints : d'où la nécessité d'établir une charte conjugale, réglant le sort de leurs biens respectifs. Les régimes matrimoniaux, dans leur diversité, répondent précisément à ces préoccupations pécuniaires, en assurant, dans une mesure variable, la participation des époux aux obligations du ménage et en déterminant la situation juridique de leurs biens présents et futurs, pendant le mariage et à sa dissolution.

L'établissement de ce budget de famille entraîne une certaine confusion matérielle ou juridique entre les deux fortunes, une communication réciproque des capitaux ou des revenus de chaque conjoint. Dans ces conditions, on imagine facilement qu'une telle pénétration de deux patrimoines, fatalement inégaux en raison de leur origine différente, soit susceptible de favoriser un époux au détriment de l'autre, durant le régime ou à la liquidation. Et la multiplicité des clauses matrimoniales est telle, que toute association conjugale nous révèle la possibilité de cette sorte d'enrichissement inhérent à la stipulation du régime.

Le but de cette étude sera de rechercher le caractère juridique de ces avantages, que les conventions de mariage peuvent entraîner entre conjoints, car leur traitement dépendra

de leur nature intrinsèque. S'analysent-ils en de véritables libéralités, directes ou indirectes, comme semble le révéler leur apparence gratuite, ou ne constituent-ils pas plutôt des dispositions *sui generis*, tirant leur originalité de leur mode d'exécution, tout en se rapprochant des contrats à titre onéreux, entre associés? L'intérêt de la question est capital, en raison de l'esprit spécial avec lequel le législateur envisage et réglemente les donations entre époux.

Pour arriver à la solution de ce problème fort complexe, il nous faudra d'abord déterminer les éléments spécifiques qui séparent les avantages matrimoniaux proprement dits des libéralités ordinaires : cette distinction s'éclairera, au fur et à mesure que nous passerons en revue les plus importantes clauses, susceptibles d'enrichir un époux aux dépens de l'autre ; nous insisterons d'ailleurs particulièrement sur le fonctionnement de la communauté, qui, seule, a soulevé de grosses difficultés. La question ainsi précisée, nous examinerons les nombreux intérêts pratiques qu'elle comporte. Après une courte étude historique, suivie d'une analyse des textes du Code civil, nous exposerons toutes les opinions doctrinales et les décisions jurisprudentielles, que nous avons pu relever dans ce domaine ; mais notre effort principal portera sur un modeste essai de critique, où nous tenterons de dégager l'esprit du législateur — tel qu'il ressort de textes rares et imprécis — et de formuler un principe général, cadrant bien avec l'économie de notre régime national de communauté.

Enfin, nous nous réservons, pour terminer, d'envisager le problème au point de vue fiscal, à cause de la physionomie originale qu'il a revêtue aux yeux de l'Administration.

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

A. — *Définition des avantages matrimoniaux*

Quand on parle d'avantages matrimoniaux, on considère uniquement les bénéfices qui résultent, pour un époux, du régime choisi. Sans doute, les futurs conjoints peuvent-ils, dans leur contrat de mariage, stipuler, à titre accessoire, des libéralités véritables, donations de biens présents, de biens à venir, ou cumulatives des uns et des autres : les dispositions originales du Code civil, tenant à la qualité de la personne gratifiée, s'appliquent alors pleinement. Ils peuvent aussi, pour faire échec à une réglementation plutôt restrictive, chercher à se consentir des libéralités déguisées sous le voile d'opérations à titre onéreux, grâce à une simulation contenue dans l'acte ou par le moyen d'une reconnaissance d'apports fictifs : dans cette hypothèse de fraude, la sanction brutale de l'article 1099, alinéa 2, jouera efficacement.

Dans notre étude, nous négligerons ces différentes conventions, car elles constituent vraiment des donations, réelles ou détournées, inspirées uniquement par une intention libérale déterminante et non équivoque et susceptibles, pour la plupart, de trouver place ailleurs qu'au contrat de mariage. Nous laisserons aussi de côté toutes les inégalités entre époux, résultant de faits postérieurs à la célébration du mariage, comme la stipulation d'une rente viagère, réversible au profit du survivant, ou d'un capital d'assurance payable au dernier

mourant : ces situations ont une nature bien définie, qui ne rentre pas dans les limites de notre cadre.

Nous voulons considérer ici les seuls avantages, qui sont la conséquence indirecte du régime adopté, sans que l'*animus donandi* y ait forcément présidé : ils résultent de clauses purement matrimoniales, qui règlent le sort des apports respectifs et consacrent ou modifient la communauté légale. Ce qui trouble l'esprit et complique les choses, c'est le mot même d'*avantage* : alors que, dans le langage courant des juristes, ce terme englobe le plus souvent toute libéralité au sens large, il prend ici une signification technique plus restreinte, précisée par l'adjonction de l'épithète « matrimonial ».

Chaque mariage comporte des enrichissements répondant à cette notion, à cause de la charte pécuniaire, expresse ou tacite, qui s'impose accessoirement au contrat personnel unissant les époux : des charges communes vont naître ; une famille nouvelle se fonde, dont on doit régler les ressources ; il faut pourvoir à l'entretien des conjoints et des enfants, déterminer le mode et la mesure de contribution de chaque partie à ces obligations diverses. Il importe également d'assurer le sort des différents biens au cours du mariage, de fixer à l'avance les pouvoirs d'administration et de jouissance des époux, et de prévoir la liquidation, en cas de dissolution ou de séparation.

Toutes ces questions reçoivent leur solution dans l'adoption expresse ou tacite d'un régime matrimonial. En cette matière, le législateur français a posé le principe de la liberté des conventions. Rien de plus juste. Sans doute, est-il déplorable que le mariage ait une tendance actuelle à se traiter comme une affaire ; mais il faut reconnaître que les préoccupations pécuniaires doivent légitimement jouer un rôle efficace dans la conclusion d'une union, en raison des charges qu'elle

entraîne. Si la loi avait gêné les contractants dans le règlement du budget de la famille qui se crée, elle eût risqué d'entraver de nombreux mariages, au grand dommage de la société. La faveur du législateur devait donc s'étendre logiquement aux conventions matrimoniales : dans sa sollicitude pour les époux, il ne s'est pas contenté de tracer des formules-types, de donner des modèles, dont les conventions individuelles ne sont que des variantes ; il a établi un système légal pour ceux qui s'unissent sans contrat, de sorte que le sort de leurs biens n'est pas laissé dans l'incertitude.

Sous chaque régime, l'importance des avantages matrimoniaux variera, selon que la fusion des deux patrimoines sera plus ou moins complète : tandis que les contrats de mariage, reposant sur une séparation d'intérêts, ne peuvent consacrer que des bénéfices en revenus, la communauté permettra des enrichissements en capitaux considérables.

Et l'on remarque dès maintenant que ces divers avantages se présentent sous un jour tout autre que les donations ordinaires. Le caractère de gratuité n'y apparaît pas forcément ou du moins, il ne s'y révèle pas à un degré aussi juridiquement pur ; il est atténué ou neutralisé par des équivalents pécuniaires ou moraux, consentis par l'époux favorisé en apparence. De plus, chaque clause matrimoniale à une affectation spéciale : elle règle normalement la situation de certains biens dans l'association conjugale. Sans doute, peut-elle être détournée de ce but pour dégénérer en avantage, mais telle n'est pas sa raison d'être, comme celle de la donation, qui, par définition, est le seul moyen régulier de s'appauvrir au profit de quelqu'un. Tandis qu'une disposition portant libéralité est, le plus souvent, prise en soi et à l'état isolé, susceptible de donner lieu à une estimation en argent exacte et immédiate, une clause constitutive d'avantage matrimonial ne se

conçoit que par rapport à un ensemble complexe de stipulations, qui forment proprement le régime : les divers éléments s'y combinent, les considérations les plus variées, morales ou pratiques, entrent en jeu, sans que l'interprète puisse faire facilement la part de chacune d'elles, dans ce tout indivisible. En outre, la situation pécuniaire des conjoints change fatalement pendant le mariage, de telle sorte qu'il faut attendre la liquidation finale pour connaître la position de chaque époux.

Cette analyse superficielle nous montre que, si les donations sont des contrats de bienfaisance, dont le but unique est de gratifier le bénéficiaire, les avantages, inhérents à l'adoption d'un régime matrimonial, ont une toute autre nature juridique et méritent un traitement spécial, qu'il convient de rechercher.

Au cours de notre étude, nous ne nous occuperons que de ces avantages matrimoniaux, que nous avons brièvement, mais nettement distingués des libéralités entre futurs époux, réalisées par contrat de mariage.

B. — *Principaux avantages matrimoniaux*

On pourrait tout d'abord mettre en doute l'existence de tels enrichissements dans les contrats de mariage établissant une séparation d'intérêts entre les deux conjoints, puisque ceux-ci semblent supprimer toute communication entre leurs patrimoines respectifs.

Envisageons la séparation de biens : elle porte à la fois sur les revenus et sur les capitaux. Mais la vie est commune ; il faut subvenir aux dépenses du ménage et il est juste que la femme y contribue dans la mesure de ses ressources et de ses besoins : elle devra prélever, sur ses revenus, une certaine somme, proportionnelle à ses facultés, au cas de séparation

de biens judiciaire, et fixée par les parties ou par la loi, au cas de séparation contractuelle. La participation de la femme — pour être en revenus — n'en sera pas moins parfois considérable et elle pourra entraîner un avantage appréciable pour un mari économe.

A fortiori trouverons-nous la possibilité de bénéfices de même nature, mais d'importance plus grande, dans une exclusion de communauté : quoique ce régime soit la négation de toute société de biens, il laisse au mari, personnellement, la jouissance intégrale de la fortune de la femme ; il en est de même du régime dotal, où le mari a le droit de percevoir les fruits et les intérêts des biens dotaux, et où il peut avoir, en fait, la jouissance des paraphernaux.

Dans tous ces contrats de mariage, les avantages matrimoniaux sont sans doute possibles ; mais ils apparaissent limités à un double point de vue : ils ne peuvent jamais consister qu'en revenus et ils ne profitent généralement qu'au mari.

Si nous abordons au contraire la communauté, la question s'élargit et l'importance des avantages grandit avec l'étendue du fonds commun.

La communauté se réduit-elle aux acquêts ? Les bénéfices sont modestes, car ils ne peuvent résulter que des économies faites sur les produits du travail ou les revenus des deux époux, seules ressources qui alimentent la caisse commune.

Au cas de communauté légale de meubles et acquêts, l'établissement du régime peut procurer des avantages matrimoniaux plus considérables, résultant, non plus seulement de la jouissance commune de tous les biens des conjoints, mais de la confusion des meubles et des dettes, ainsi que du partage égal de mises actives et passives fatalement inégales : par exemple, en mettant les choses au pis, si un époux n'a

que des immeubles et des dettes mobilières, alors que l'autre n'a que des meubles sans passif, le double bénéfice, que l'adoption de la communauté légale procure au premier, est indiscutable. Dans ce cas, les avantages matrimoniaux proviennent donc des différences qui séparent les deux patrimoines, dans leur constitution et leur valeur.

Si nous examinons les modifications conventionnelles du régime légal, nous les voyons porter tantôt sur la composition, tantôt sur la liquidation de la masse commune. Nous allons nous contenter de citer les modalités les plus fréquentes en pratique.

Un époux peut « réaliser » expressément ou implicitement, en propriété ou en valeur, tout ou partie de son mobilier présent ou futur, acquis à titre gratuit : si l'autre n'a pas inséré au contrat une disposition semblable, il favorise son conjoint de la moitié du mobilier qu'il laisse tomber en communauté sans réciprocité. — Quant au passif, on peut exclure les dettes mobilières antérieures au mariage, ou celles, futures, qui grèveront les successions, donations ou legs ; une déclaration d'apport franc et quitte conduit au même résultat : ces clauses avantagent l'époux qui laisse tomber ses dettes en communauté, puisqu'il est dégrevé de moitié.

Si ces conventions, restrictives de l'actif et du passif commun, sont réciproques et générales, elles constituent une communauté réduite aux acquêts.

Quant aux clauses extensives, elles sont encore plus susceptibles d'enrichir l'un ou l'autre des conjoints. L'ameublissement, par exemple, fait entrer en communauté tout ou partie des immeubles qui, légalement, devraient rester propres, parce qu'antérieurs au mariage ou acquis plus tard à titre gratuit : l'époux, qui en est l'auteur, perd ainsi la moitié de la portion ameublie. Si tous les biens des conjoints sont stipulés

communs, conformément à l'article 1526, on obtient une communauté universelle, où la partie la moins fortunée trouve forcément son bénéfice.

Le contrat de mariage peut consacrer des inégalités plus graves, dans la réglementation du partage futur. Nous laissons de côté, pour le moment, certaines conventions faites en violation de l'article 832, qui exige la formation de lots identiques : une stipulation fréquente permet au survivant des époux de conserver, en nature, certains biens de communauté, comme un fonds de commerce. L'étendue des droits du conjoint ainsi loti n'est pas augmentée, puisqu'il doit précompter sur sa part la valeur du fonds qu'il conserve : cette clause constitue cependant un gros avantage, car elle permet de continuer une exploitation lucrative et d'éviter une liquidation désastreuse. Nous nous proposons de revenir sur cette modalité au cours de notre étude.

Nous voulons surtout envisager les stipulations dérogeant au partage par moitié. Il convient de citer en premier lieu le préciput, grâce auquel un époux, ordinairement le survivant, prélève sur la masse commune certains objets ou une somme déterminée ; la femme, renonçante, a même la faveur de pouvoir exercer ce droit sur les propres du mari, faute de biens communs suffisants, si la convention l'y autorise expressément. — Quant aux clauses de partage inégal proprement dites, elles sont susceptibles d'un nombre indéfini de degrés, puisque l'article 1520 déclare : « Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux seulement ». La seule limite

légale réside dans l'obligation d'établir une proportionnalité entre l'actif et le passif. C'est ainsi que les futurs époux conviendront que la communauté se partagera inégalement entre eux ; que l'un en prendra seulement le tiers, le quart ou toute autre fraction — et que l'autre gardera le surplus : il est certain qu'une telle clause contient un bénéfice, dès que le chiffre stipulé est supérieur à la moitié. Un époux peut même se soustraire d'avance aux chances bonnes ou mauvaises de l'avenir, en fixant à forfait sa part dans la masse commune : à la liquidation, peu importe le montant de l'actif de communauté, il appartiendra en entier à l'autre conjoint, à charge de payer au premier la somme portée au contrat ; l'un des deux, suivant les circonstances, y trouvera son avantage. — L'inégalité peut être plus flagrante encore, puisque l'article 1525 permet d'attribuer toute la communauté à un époux, réserve faite des apports de l'autre. On admet même que cette restriction n'est pas impérative : dans cette dernière hypothèse, que le bénéfice soit en usufruit ou en propriété, il est tellement évident, qu'il semble inspiré par une véritable intention libérale.

Telles sont les clauses de communauté les plus usitées, qui permettent aux époux de retirer certains avantages de la stipulation du régime. Il est d'ailleurs intéressant de constater que chacune de ces conventions ne constitue pas forcément un enrichissement ou un appauvrissement pour celui qui la souscrit ; une inégalité apparente a souvent pour but de rétablir une certaine harmonie, que ne réaliserait pas l'adoption aveugle de la communauté légale. Les parties cherchent à créer un équilibre relatif entre leurs mises respectives, présentes et futures ; dans le contrat de mariage, qui forme un tout bien homogène, les différentes dispositions viennent se fondre ; les avantages tendent à se balancer

équitablement, pour arriver à l'égalité désirable dans la société originale qui unit les époux. Une évaluation, délicate sans doute, s'impose et, seul, constitue un avantage matrimonial le bénéfice acquis sans contre-partie.

Mais nous ne ferons pas rentrer dans ce cadre certaines faveurs que le Code accorde à la femme commune, en compensation de la quasi-omnipotence du mari. C'est ainsi qu'elle peut limiter son obligation aux dettes, au moyen d'un inventaire, quand le montant du passif est inconnu ou douteux ; elle jouit alors du bénéfice d'émolument, qualifié improprement d'ailleurs, car ce prétendu avantage n'en est pas un : il est normal et conforme à l'économie du régime, que le mari, rendant la communauté insolvable, n'engage pas les propres de sa compagne, sur lesquels il a des pouvoirs limités. — L'épouse apparaît plus favorisée encore, en raison de sa faculté de renonciation à une communauté déficitaire, surtout si elle a pris soin de stipuler, au contrat de mariage, une reprise d'apports francs et quittes : elle peut, dans ce cas, retirer toutes ses mises. Nous négligeons ces privilèges, car ils ne constituent pas des avantages que le mari a consentis à sa femme, sur son propre patrimoine, mais bien des mesures de protection prévues par la loi elle-même.

Nous avons ainsi passé en revue les avantages matrimoniaux les plus importants : cette énumération a suffi à nous montrer qu'en particulier, les communautés légales et conventionnelles aboutissaient fatalement à créer entre époux des bénéfices considérables en capitaux. A vrai dire, toutes les difficultés, que nous rencontrerons dans notre étude, sont inhérentes à la communauté seule, car la stipulation d'un autre régime ne permet que des enrichissements relativement minimes et négligeables.

En tout cas, ces exemples d'avantages matrimoniaux ont

contribué à mettre en lumière la rapide opposition que nous avons établie entre ces dispositions originales et les libéralités ordinaires : nous comprenons, dès le seuil de notre travail, qu'à côté des donations directes ou indirectes, ou déguisées, il est entre époux certaines opérations juridiques distinctes, qui ne sont pas la manifestation d'une pure intention de bienfaisance, mais la conséquence logique du fonctionnement normal d'un régime matrimonial : ces conventions font partie intégrante du contrat de mariage, sans pouvoir en être détachées, sous peine de perdre leur raison d'être et, partant, leur nature spéciale. Les transports de valeur entre patrimoines, les enrichissements qui en résultent ne se réalisent pas par un acte portant donation, ou par une stipulation onéreuse du droit commun, à pensée généreuse plus ou moins masquée : au contraire, ces avantages ne peuvent sortir techniquement que du mécanisme et du jeu de l'institution complexe que forme tout régime matrimonial en général, et la communauté en particulier.

Il convient toutefois de remarquer que la terminologie défectueuse ou obscure de certains contrats vient parfois jeter la confusion dans la distinction délicate qui sépare les conventions de mariage des donations entre époux : aussi nous efforcerons-nous de donner un critérium qui permettra d'établir une ligne de démarcation tranchée entre les deux catégories de dispositions. La question est d'ailleurs d'une importance certaine en raison des intérêts multiples en jeu.

C. — *Différents intérêts pratiques de la question*

La distinction est capitale : si nous ne considérons pas les avantages matrimoniaux comme des conventions onéreuses de mariage, nous aurons la seule ressource de les faire rentrer

dans le cadre général des donations pour leur appliquer toute la réglementation étroite des libéralités entre époux.

Il nous suffira de passer en revue les principales dispositions législatives relatives aux donations par contrat de mariage, pour voir dans quelle mesure elles devraient régenter les avantages matrimoniaux.

Au point de vue des *formes*, rien de particulier : peu importent l'exigence d'un acte reçu par deux notaires et la nécessité d'une acceptation expresse, puisqu'en dehors du régime légal, nous supposons toujours l'existence d'un contrat de mariage : or, nous savons que la loi du 12 août 1902 et que l'article 1087 du Code civil dispensent expressément les donations qui y sont contenues de cette double condition.

Si l'avantage porte sur des droits immobiliers (ameublement), on pourrait songer à invoquer l'article 939, relatif à la transcription des donations et non pas les articles 1 à 3 de la loi du 23 mars 1855 : mais on ne voit pas bien l'application pratique de cette idée, car les avantages proviennent en général du partage de la communauté et cet acte, en vertu de son effet déclaratif, est dispensé de transcription. Il en est de même pour l'état estimatif, quand le bénéfice consiste en droits mobiliers : le contrat est généralement assez explicite sur leur nature et leur montant pour supprimer toute difficulté à cet égard.

La question de *capacité* est indifférente, elle aussi : au cas de minorité par exemple, le futur époux doit être assisté, pour faire son contrat de mariage, des personnes qui doivent autoriser son union. Que ces clauses aient le caractère gratuit ou onéreux, du moment où elles dépassent les conséquences de la communauté légale, cette assistance est nécessaire. Par conséquent, à supposer que les avantages matrimoniaux soient assimilables à des libéralités, il n'en résulterait aucu-

nement qu'ils doivent être soumis à une formalité spéciale.

Par contre, les difficultés apparaissent relativement à l'application des règles de *fond* des donations.

Tout d'abord, la question du droit de *révocation* se présente délicate, à l'égard des stipulations de mariage, en raison d'un conflit regrettable entre divers articles du Code. Alors que l'article 1086, admet les donations, par contrat de mariage, contenant des conditions contraires à l'irrévocabilité essentielle, — l'article 1395 pose le principe de l'immutabilité des autres conventions matrimoniales : le sort des biens, apportés par chaque époux, doit être fixé définitivement au moment de la célébration, sans qu'il soit possible de modifier par la suite la charte pécuniaire adoptée par les parties. Il semblerait que l'un ou l'autre de ces textes doive jouer, selon qu'on assimile ou non à une libéralité les avantages matrimoniaux. Mais une nouvelle disposition vient compliquer la situation, au cas de révocation pour ingratitude, le seul intéressant en pratique.

On admet généralement que les donations entre époux sont soumises à cette cause spéciale de déchéance, malgré les termes de l'article 959 (qui ne vise que les libéralités consenties aux conjoints par des tiers). Les bénéfices matrimoniaux auront donc le même sort, si on leur accorde un caractère gratuit. Mais ne seront-ils pas tout aussi bien révocables pour ingratitude, si on y voit des conventions onéreuses? L'article 299 porte, en effet, au cas spécial de divorce, que : « L'époux, contre lequel le divorce aura été prononcé, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage ».

On doit se demander si ce texte englobe toutes les libéralités, directes ou indirectes, ainsi que les avantages matrimoniaux, au sens technique où nous les avons définis, si bien

que la nature de ceux-ci deviendrait indifférente, puisqu'ils sont expressément désignés par l'article 299?

On s'accorde à reconnaître une portée absolue à l'article 299 : s'il évite le terme de donation, c'est pour viser tous les avantages, quelle qu'en soit la source (1). D'ailleurs, l'article 1518 fournit un argument en ce sens ; il indique implicitement que l'époux coupable, contre qui le divorce est prononcé, perd son droit au préciput, et il y a là une simple application du principe général de déchéance posé par l'article 299 : comme le préciput est le type des conventions de mariage, le législateur a voulu montrer que tous les avantages matrimoniaux tombaient sous le coup de la pénalité édictée par l'article 299. Avec une telle opinion, la question de la nature gratuite ou onéreuse de nos stipulations devient indifférente puisque, de toute manière, la révocation leur est applicable.

Mais ce raisonnement ne nous paraît pas fondé et c'est avec raison que la Cour de cassation belge a refusé d'étendre l'article 299 aux conventions matrimoniales (Voir Cass. Belgique, 29 octobre 1874, *Pasicrisie*, 1875, 1, 7), sous l'inspiration de Laurent (2), (Carpentier (3), Rodière et Pont (4) et quelques auteurs sont aussi de cet avis). En effet, l'article 299 ne frappe que les libéralités véritables, directes ou indirectes : le mot avantage y est employé dans son sens économique et non avec la signification précise que nous avons déterminée. Ce texte a pour but de punir l'ingratitude et la violation des lois et devoirs du mariage ; il est donc d'une interprétation

(1) Cf. les autorités citées dans la note de M. Bourcart, *in fine*, sous Nancy, 25 février 1891, S. 1892, 2, 65.

(2) Laurent, *Principes de droit civil français*, III, n° 304.

(3) Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, n° 347.

(4) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, III, n° 1600.

stricte et ne peut être élargi au point de frapper des stipulations considérées comme onéreuses par notre Code. Quant à l'article 1518, il milite plutôt en notre faveur : du moment où le législateur a pris soin de faire, dans cette hypothèse, une application expresse de l'article 299, c'est que, dans ce texte, il n'avait pas compris le préciput sous l'expression « avantage » ; sinon, cet article 1518 était inutile. Il n'a donc pas visé non plus les autres avantages matrimoniaux, de même nature que le préciput, qui, en l'absence de réglementation, restent soumis au droit commun : l'article 1518, fondé sur une idée de pénalité, ne saurait être étendu.

Cette controverse nous amène donc à reconnaître un gros intérêt à déterminer la nature des avantages matrimoniaux, au point de vue de la révocation : s'ils constituent des libéralités, l'article 299 doit jouer pleinement ; au cas contraire, l'immutabilité s'impose, réserve faite du préciput.

La question du *rapport* mérite aussi de retenir notre attention : il faut imaginer un mariage où l'époux, gratifié par le régime, vient à la succession de l'autre, en concours avec des héritiers parents au même degré. L'avantage est-il considéré comme libéralité ? Sa valeur pourra être rapportable et les droits héréditaires du bénéficiaire seront diminués d'autant, à moins que celui-ci ne préfère renoncer à la succession, pour conserver son avantage matrimonial. Si, au contraire, on est en présence d'une convention à titre onéreux, il n'y a pas à en faire état et le cumul est licite.

Dans un même ordre d'idées, l'époux gratifié trouvera intérêt à ne pas apparaître comme donataire, car il se verrait appliquer l'alinéa 8 de l'article 767 du Code civil : « il cessera d'exercer son droit (d'usufruit légal) dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la

présente loi lui attribue et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit ». Il en résulte que si l'avantage matrimonial est une libéralité, on devra en imputer le montant — au moyen d'une évaluation préalable, s'il porte sur la pleine propriété — sur le quart ou la moitié, en usufruit, que la loi accorde à l'époux survivant. Sinon, l'exécution simultanée des deux dispositions devient possible.

Mais c'est surtout au point de vue de la *quotité disponible* que la question présente une importance pratique particulière. Partant de l'idée que les libéralités entre époux méritent un traitement spécial, en raison du lien qui unit les parties, le législateur a fait varier la quotité disponible au profit du conjoint, suivant la qualité des héritiers réservataires du défunt. L'auteur des dispositions gratuites ne laisse-t-il pas de descendants ? Il peut favoriser son conjoint, tout comme un étranger. A-t-il des enfants légitimes ? Il peut disposer d'un quart en propriété, avec un quart en usufruit, ou de moitié en usufruit. Dans ces conditions, si les avantages matrimoniaux sont assimilés à des donations, ils ne sauraient être valables que dans les limites du disponible ; pour le surplus, ils seraient sujets à réduction. Si ce sont des conventions de mariage, l'époux bénéficiaire pourra être, ainsi gratifié, sans préjudice des libéralités véritables, seules imputables sur le disponible.

Les étrangers sont d'ailleurs fort intéressés à la controverse : s'ils ont reçu des libéralités de l'époux défunt, ils verront le disponible épuisé ou diminué par des avantages concédés au conjoint et préférables, parce que portés au contrat de mariage et antérieurs en date.

En droit commercial, nous trouvons une autre répercussion toute spéciale du caractère des avantages matrimoniaux :

l'article 564 du Code de commerce interdit en effet à la femme d'exercer dans la faillite de son mari « aucune action à raison des « *avantages* » portés à son contrat de mariage — et dans ce cas, les créanciers ne peuvent de leur côté se prévaloir des « *avantages* » faits par la femme au mari dans ce même contrat ». Cette déchéance suppose que le mari était déjà commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou que, n'ayant alors aucune profession déterminée, il l'est devenu dans l'année.

Cet article doit donner lieu aux mêmes difficultés d'interprétation que l'article 299 examiné plus haut : l'expression vague d'« *avantages* » ne désigne-t-elle pas seulement les libéralités véritables, au sens large — ou englobe-t-elle spécialement les avantages matrimoniaux proprement dits ? Avec la dernière solution, la question de la nature de ces conventions devient indifférente, puisqu'elles rentrent de toute manière, nominativement, dans l'article 564. Sinon, le droit commun reprend son empire, et les avantages entre époux ne sont frappés que s'ils sont considérés comme dispositions gratuites.

Nous avons ainsi examiné différents intérêts possibles de notre étude, mais il en est un autre que nous avons réservé à dessein, bien que nous le trouvions au premier plan dans la plupart des espèces soumises à la justice : nous voulons parler du point de vue *fiscal*, particulièrement irritant en raison de la lutte incessante que livre l'Administration de l'Enregistrement aux contribuables récalcitrants. Le Trésor ne pouvait laisser passer de telles conventions, à allure facilement gratuite, sans émettre la prétention de les taxer comme donations et on comprend que la question a dû être fouillée sous tous ses aspects, dans cet ordre d'idées.

En présence des divergences profondes, qui ont souvent séparé civilistes et agents du fisc, il nous a paru préférable,

dans un but de clarté, de déterminer le genre de droits à percevoir, dans un chapitre spécial, annexé à la fin de notre travail.

Pour terminer avec ces considérations générales, nous ferons remarquer que, si la question de la nature des avantages matrimoniaux se pose dans toutes les unions, elle présente une physionomie bien originale, au cas de remariage : la protection efficace des enfants d'un premier lit suppose une réglementation sévère de tout enrichissement entre conjoints. Mais, comme cette hypothèse a été prévue formellement et complètement par notre Code, nous l'analyserons assez vite au cours de notre étude, d'autant plus qu'elle n'a soulevé que de rares difficultés (1). Nous nous placerons donc en général dans la situation normale d'un mariage unique. .

Nous nous excusons enfin de faire œuvre plus dogmatique et historique que pratique, les contrats de mariage actuels ne comportant presque plus de ces clauses, susceptibles de constituer des avantages matrimoniaux : on ne trouve guère, dans le genre, que des stipulations de modiques préciputs. Les notaires ne conseillent plus de telles conventions, en raison de leur caractère irrévocable et surtout de leur nature mal définie, qui peut donner lieu à de faciles chicanes : cet état d'esprit nous est attesté, d'ailleurs, par l'habitude, de plus en plus répandue, de n'adopter qu'une communauté réduite aux acquêts, où toutes les difficultés sont éludées, puisque les avantages sont limités aux seuls revenus de l'association conjugale.

(1) Cette situation a été examinée, dans tous ses détails, par M. Lassaigue, dans une thèse récente très complète : *Des libéralités faites par un époux remarié*, Bordeaux, 1910.

CHAPITRE II

ÉTUDE HISTORIQUE

A. — *Droit romain*

Nous savons que les avantages matrimoniaux sont rendus très faciles avec la communauté légale ou conventionnelle ; nous montrerons même que ce régime, seul, a pu leur donner naissance. On comprend dès lors que les difficultés inhérentes à leur étude devaient échapper à la législation romaine, qui pratiquait uniquement le régime dotal : la dot, libéralité faite au mari par la femme ou pour son compte, en vue des charges du ménage, y a toujours gardé une nature nettement définie, malgré l'évolution historique à laquelle elle a dû se plier.

Le droit romain ne pouvait donc connaître les avantages matrimoniaux proprement dits, tels que nous les avons définis au seuil de cette étude, puisque la communauté, qui apparaît comme leur source première, n'existait pas. Mais les eût-il soupçonnés ou craints, il n'aurait pas manqué de les rechercher pour les atteindre, conformément à son système restrictif, sinon prohibitif, de tout enrichissement entre époux.

Retenons seulement cet esprit général d'hostilité, qui devait inspirer fortement notre ancien droit, après s'être traduit à Rome, par la nullité absolue des donations entre vifs et s'être à peine relâché par leur admission à titre de donations *mortis causa*.

La législation romaine avait cependant réglementé, dans un domaine voisin, une situation originale, qui lui paraissait présenter un intérêt particulier : préoccupées d'assurer aux

enfants d'un premier lit une protection efficace, deux constitutions impériales (1) ont voulu limiter les dispositions gratuites consenties par l'époux remarié à son nouveau conjoint. En 382, Gratien, Valentinien et Théodose décidèrent d'abord que les veuves remariées devaient transmettre aux enfants communs toutes les libéralités qu'elles avaient reçues de leur premier époux (Loi *Feminæ*). Puis, en 463, Léon et Anthémios vinrent restreindre la quotité disponible au profit du nouvel époux, à une part d'enfant le moins prenant, lorsque le conjoint remarié avait des enfants d'une précédente union.

Sans doute, ces dispositions ne se rattachent-elles pas directement à notre question, puisqu'elles ne visaient à Rome que les *libéralités* véritables, sans atteindre les avantages matrimoniaux, qui en diffèrent essentiellement et qui étaient alors inconnus. Néanmoins elles reflètent des idées, qui ne peuvent nous laisser indifférent, en raison de la consécration et du développement qu'elles devaient recevoir par la suite : l'Edit des secondes noces et nos articles 1496 et 1527, qui s'en inspirent, sont la reproduction des deux constitutions impériales précitées ; mais, bien loin d'en limiter l'application aux dispositions gratuites proprement dites, ces textes postérieurs l'ont étendue aux avantages matrimoniaux eux-mêmes ; à ce point de vue particulier, le droit romain devait donc laisser une forte empreinte.

Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons au Digeste un texte (2) (qui devait être repris et commenté plus tard par Pothier) (3), établissant une distinction intéressante entre les

(1) Loi *Feminæ*, L. 3, Code, liv. 5, tit. 9 ; Loi *Hac edictali*, L. 6, Code, liv. 5, tit. 9.

(2) Digeste, XXIV, 1, *De donat. inter virum et uxorem*, Loi V, § 5.

(3) Pothier (*Traité des donations entre mari et femme*, P. I, chap. II, § 78) est amené à faire la distinction entre « les actes simulés qui n'étaient faits que pour couvrir et déguiser une donation que l'un des conjoints veut

donations déguisées et les donations indirectes entre époux. Le fragment est attribué à Pomponius : « *Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem, donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti (ait) : si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret : enim vero, si cum animum vendendi haberet ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior* ».

On suppose une vente intervenue entre mari et femme, en vue de réaliser une donation : elle est *nulle*, si le mari n'a pas eu l'intention de vendre et a simplement simulé une vente, pour faire une libéralité ; il en serait autrement, s'il y avait eu une simple remise partielle du prix : la vente serait valable mais la remise nulle dans la mesure où la femme s'est enrichie.

Nous verrons, au cours de cette étude, l'importance de cette distinction.

B. — Ancien droit

SECTION PREMIÈRE. — Droit coutumier

Il faut arriver à la naissance et à l'épanouissement du régime de la *communauté* pour voir apparaître en France la notion même d'*avantage matrimonial* : les deux questions sont intimement liées, les deux problèmes sont connexes, puisque la première institution a seule pu engendrer la seconde, en se développant, en s'organisant, sinon en se déformant dans une longue pratique coutumière.

faire à l'autre » et les actes « qui, sans être simulés, renfermaient quelque avantage » : les premiers sont nuls pour le tout, les seconds sont valables, sauf à tenir compte de « l'avantage prohibé ; en obligeant celui au profit de qui il était fait à suppléer le juste prix ».

Nous n'avons ni la prétention, ni le loisir de discuter les multiples origines, qu'on a proposé de donner à la communauté, car une telle étude historique et critique ne saurait rentrer dans le cadre de notre modeste travail (1). Il nous semble cependant qu'on a inutilement cherché la source de la communauté dans le droit romain, ou qu'on a eu tort de prétendre la trouver uniquement dans certaines pratiques gauloises ou certains textes canoniques. Nous pensons qu'en réalité la communauté a dû se former dans le haut moyen âge, à l'état de pratique imprécise et générale, à une époque où le *mundium* germanique, qui mettait la femme, corps et biens, sous la domination maritale, s'était peu à peu relâché. L'intimité conjugale, qui va grandissant, tend à se transformer en donnée juridique originale, se rapprochant peut-être d'une société entre époux, mais de façon fort lointaine, puisque l'égalité, qui devrait en être l'âme, est constamment violée en faveur du mari. Petit à petit, à travers les siècles, s'ébauchent et se précisent les différentes idées qui formeront l'armature de la communauté : collaboration conjugale avec suprématie maritale, mise en commun des meubles et des dettes, jouissance commune des propres, partage de la masse, opéré d'abord dans des proportions inégales, avec tendance à une répartition par moitié. Mais la difficulté, en présence de la rareté et de l'obscurité des textes, est de déterminer l'époque où tous ces éléments deviennent des principes juridiques suffisamment précis, pour constituer, par leur combinaison, un véritable régime matrimonial organisé, pénétrant dans la coutume. Comme l'indique savamment M. Lefebvre (2) :

« A travers notre moyen âge, et de plus en plus fortement,

(1) Cf. Charles Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 181 et suiv.

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 234.

sous les premiers Capétiens, s'était affermie en coutume la donnée d'une communauté d'action, d'intérêts et de biens entre époux. L'impression très sûre s'en dégage à la lecture des chartes de toutes régions, où l'on voit mari et femme s'unissant constamment pour acquérir, aliéner, contracter, dans cette multitude d'actes écrits, qui ont toujours trait aux immeubles. Sous la direction du mari, qui figure en tête, et souvent parle au nom commun avant la double signature, c'est alors, et pendant des siècles, une habitude universelle de collaboration. Dans les régions du Nord et du Centre, c'est bien cette donnée de société pécuniaire entre époux qui devait s'enraciner et prévaloir, mais qu'il fallait maintenant dégager de cette grande habitude coutumière, pour la développer et l'ordonner juridiquement.

« Or, du x^e au xiii^e siècle, combien insuffisants ou confus, demeurent les documents d'ordre juridique ! Il n'est pas encore de coutume officiellement rédigée, ni même exposée quelque peu méthodiquement par des praticiens... Aussi faut-il se résigner à donner comme démonstration principale de la communauté bien établie en coutume d'alors, ce fait indéniable, qu'au temps de Saint-Louis, les premiers coutumiers la présentent déjà comme d'usage traditionnel et immémorial ».

Notre communauté est donc une émanation coutumière, qui s'est formée lentement sur le sol français, à partir des invasions barbares, sous des influences multiples ; elle s'est affirmée progressivement au cours du moyen âge, si bien qu'au xiii^e siècle, elle était devenue une conception réellement juridique, à base de société pécuniaire entre époux. A cette époque, Beaumanoir, dans des fragments dispersés, au cours de ses « Livres des Coustumes et des Usages de Beauvoizins » est le premier à nous présenter la communauté de meubles et acquêts, comme régime organisé.

Jusque-là, nous ne voyons pas s'ébaucher la notion d'avantage matrimonial. Sans doute trouvons-nous, au cours de ces recherches historiques, trace de bénéfices reconnus à un époux à la dissolution du mariage. Chez les Barbares, la veuve avait en général droit à certains biens acquis pendant l'union : alors qu'elle prenait un tiers chez les Francs (d'après la loi des Ripuaires et un Capitulaire de 821), moitié chez les Westphaliens (d'après la loi des Saxons), — la législation des Wisigoths lui attribuait une quote-part proportionnelle à sa fortune (1).

On ne saurait considérer ces pratiques primitives comme un partage véritable de la communauté, à une époque où l'idée de communauté était encore à créer ; il ne faut voir dans ces divers droits qu'une pensée de prévoyance et non la preuve de l'existence d'une société de biens entre époux : ces véritables *gains de survie* devaient d'ailleurs trouver leur type parfait dans le *douaire*, qui s'est maintenu au cours de notre ancien droit, après être sorti des mœurs germaniques.

Ces différentes prérogatives, attribuées à la femme survivante, pouvaient constituer un bénéfice, mais non pas des avantages matrimoniaux proprement dits, puisque, loin d'être inhérentes au régime de la communauté ou d'en résulter indirectement, elles lui sont incontestablement antérieures en date. Il reste vrai que, dans l'histoire de notre droit français, gains de survie d'une part — et communauté de l'autre, se sont développés côte à côte, comme deux institutions relatives au droit des femmes mariées ; mais, alors que la seconde est issue de la collaboration et de l'association conjugale, le douaire n'a jamais impliqué qu'une idée d'assistance, réalisée au moyen d'un usufruit grevant la fortune du mari.

(1) Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, L. II, p. 1654.

Si nous revenons à la communauté, telle qu'elle nous apparaît au XIII^e siècle, nous ne voyons encore aucun texte nous révéler réellement la conception d'avantage matrimonial. La formation historique de la communauté nous donne l'explication de ce silence.

Ce régime, sorti d'une longue période de tâtonnements, a commencé par s'imposer, dans la masse des coutumes, à tous les époux, avec la force d'une pratique générale et aveugle, à laquelle on ne pouvait se dérober, dans l'impossibilité où l'on était de lui substituer une autre donnée juridique utile. La communauté *légale* semble, pendant longtemps, avoir été seule admise : peu importaient ses imperfections ou ses dangers, tous les conjoints devaient s'y soumettre, sans modification, car, inspirée par les mœurs coutumières, elle était censée satisfaire à toutes les exigences matrimoniales. Le droit primitif, encore assez informe, ne se préoccupait pas des enrichissements que la communauté pouvait entraîner entre époux et ceux-ci ne pouvaient se voir reprocher de tels avantages, puisqu'ils les subissaient malgré eux.

Cette communauté, parce que légale et forcée, n'était donc pas suspecte jusqu'au XIII^e siècle. Mais la situation devait changer avec l'apparition de la communauté *conventionnelle*.

Au moment où les fortunes commencent à se développer avec des éléments plus complexes que les seuls biens fonds, on va calculer et comparer le montant des apports ou des dots des futurs ; les époux aisés vont chercher à équilibrer les valeurs mises de part et d'autre dans la communauté, car la coutume ne répond plus à toutes les nécessités et ne concilie pas toujours équitablement les intérêts respectifs des parties. Alors que jusqu'au XIII^e siècle, les auteurs (même Beaumanoir) et les contrats de mariage ne parlent jamais de stipulations matrimoniales originales, — ce qui implique que

la communauté s'imposait aux conjoints, — on trouve, vers cette époque, les premières apparitions de modifications au régime légal ; peu à peu, ces clauses se multiplient et au xvi^e siècle, elles sont devenues si fréquentes que l'on proclame le principe de la *liberté des conventions matrimoniales*. Sans doute, entre ces deux dates, certaines combinaisons, inspirées par des convenances ou des besoins particuliers, ont-elles pu se produire en pratique, puisque le droit d'alors se formait et se déformait par la coutume, mais il faut attendre le xvi^e siècle pour voir trace de doctrine relative à ces modalités. Les contrats de mariage écartent de plus en plus l'antique composition active et passive de la communauté de meubles et conquêts, pour la restreindre ou l'élargir, grâce à l'ameublement, la réalisation, la séparation de biens, la communauté réduite aux acquêts ou la communauté universelle.

Mais si les époux peuvent à leur guise modifier ainsi la consistance de la masse commune, n'est-il pas à craindre qu'ils cherchent, par ce moyen indirect, à s'avantager contrairement aux textes coutumiers ? De façon générale, ce danger ne semble pas avoir frappé nos anciens auteurs ; pour eux, ces différentes clauses n'étaient inspirées que par le désir d'établir un équilibre approximatif entre les fortunes. Et cependant, si tel est leur but équitable et normal, on ne saurait nier la possibilité de les faire dégénérer en procédés détournés d'enrichissement : il suffit que la convention ne réponde pas à la situation pécuniaire de l'époux stipulant, pour qu'elle constitue véritablement un avantage matrimonial.

Les abus deviennent autrement sensibles avec les dispositions, de plus en plus nombreuses, qui modifient la liquidation légale de la communauté.

Si, en principe, au xvi^e siècle, le partage de la masse commune doit se faire par moitié entre mari et femme ou leurs

héritiers, on trouve dans les mœurs une résistance incessante à cette règle si naturelle. Les contrats de mariage aiment à reproduire et à perpétuer des pratiques disparues des coutumes rédigées, mais restées vivaces dans diverses provinces, et violant l'égalité entre époux : ces conventions particulières réduisent en général la femme à une part inférieure à la moitié (un tiers par exemple) (1) ou bien à une valeur déterminée à forfait, lui tenant lieu de son lot commun (2). On cherche aussi à favoriser le dernier mourant, surtout au moyen d'un préciput ; la Coutume de Paris, dans sa deuxième rédaction, maintient même un préciput légal, au profit du conjoint noble, à défaut d'enfants.

C'est alors seulement que se pose nettement la question des avantages matrimoniaux dans notre ancien droit : nous sommes bien, au xvi^e siècle, en présence de clauses dérogeant à la composition ou au partage de la communauté coutumière et susceptibles, par leur jeu, d'enrichir un époux aux dépens de l'autre. A cette époque, la communauté légale et la communauté conventionnelle sont de véritables institutions, organisées par la pratique et la doctrine et il devient possible de rechercher le caractère juridique attribué par nos anciens auteurs aux avantages, inhérents au régime. Cette étude est d'autant plus intéressante que nous retrouvons, dans nos contrats de mariage actuels, la plupart de ces stipulations coutumières.

Avant de les examiner en détail, nous estimons nécessaire d'indiquer l'esprit général de notre ancien droit en matière de donations entre époux. Alors que le droit écrit héritait des traditions restrictives romaines, le droit coutumier partait d'un principe de liberté, pour aboutir rapidement à une prohi-

(1) Loysel, n° 385. *Institutes Coutumières*.

(2) Olim, III, 860, 39.

bition complète, formellement édictée dans le Grand Coutumier de Charles VI ; tout au plus, certaines régions admettaient-elles les libéralités à cause de mort (Assises de Jérusalem, 173 ; Etablissements de Saint-Denis, 1, 118). Mais la Coutume de Paris (art. 282) et celle d'Orléans (art. 280), qui formaient le droit commun, interdisaient les donations et les testaments entre époux ; les conventions à titre onéreux étaient même comprises dans la proscription, dans la crainte qu'elles ne dissimulassent des libéralités.

Cette rigueur, inspirée par le désir de la conservation des biens dans les familles, n'était tempérée que par l'admission de gains de survie et la possibilité de dons mutuels en usufruit.

Il est vrai que les libéralités entre époux perdaient une grande partie de leur utilité, en raison même de l'institution et de la généralisation de la communauté en pays de coutumes ; ce régime suffisait, par son seul jeu et son propre mécanisme, à assurer des avantages considérables à l'un ou à l'autre conjoint, par suite de la pénétration de leurs fortunes respectives. Et l'on pourrait précisément s'étonner de voir une législation prohiber d'un côté les donations et favoriser par ailleurs un régime matrimonial, qui est la négation de cette défense, puisqu'il peut aboutir indirectement au même résultat qu'une libéralité véritable.

Cette contradiction n'est qu'apparente, car le principal motif de l'interdiction des donations entre époux ne se retrouve plus en matière d'avantages matrimoniaux. L'usage le plus répandu ne faisait entrer en communauté que les meubles des conjoints et les immeubles conquêts ; mais aucun de ces biens ne semblait mériter de protection spéciale, dans l'intérêt des familles, les premiers en vertu de l'adage « *res mobilis, res vilis* », les autres, parce qu'acquis pendant le

régime et dépourvus du caractère de propres : ces biens, communs, pouvaient donc passer du patrimoine d'un époux dans celui de l'autre, sans que leurs héritiers respectifs aient à s'y opposer.

Peut-être objectera-t-on que cette considération ne saurait viser que la communauté légale? Mais la communauté conventionnelle, modifiant l'étendue ou le partage du fonds commun, devait jouir de la même faveur : elle était précisément rendue nécessaire par le besoin d'équilibrer des fortunes fatalement inégales et le désir d'adapter le régime coutumier aux exigences nouvelles.

Et cependant, nous savons que toutes ces conventions pouvaient être facilement détournées de ce but équitable, pour dégénérer en véritables avantages matrimoniaux ! Bénéficiaient-elles alors du même traitement de complaisance, dans l'intérêt du mariage, ou étaient-elles traitées en libéralités indirectes ? En réalité, le premier point de vue semble l'avoir emporté : malgré la difficulté de dégager une théorie d'ensemble, il ressort que l'ancien droit a vu le plus souvent dans ces dispositions de simples conventions de mariage et non des actes gratuits, assimilables aux donations, prohibées, entre époux.

Cet état d'esprit se manifeste particulièrement dans les commentaires donnés aux clauses les plus usitées, par nos derniers auteurs coutumiers.

La communauté légale n'a pas dû soulever la moindre difficulté, car aucun document ne nous indique qu'on ait jamais songé à reconnaître le caractère gratuit aux bénéfices qui peuvent en résulter. Il en est de même des conventions modifiant la composition de la masse commune dans un sens restrictif : la réalisation, la séparation de dettes ou la communauté réduite aux acquêts ne semblent avoir d'autre utilité

que de rétablir entre les conjoints une égalité violée par la confusion aveugle du mobilier. Quant aux clauses extensives, elles visent le plus souvent au même but, mais elles peuvent cacher plus facilement des avantages destinés à tourner la prohibition des libéralités entre époux. Cependant on doit attendre plusieurs siècles de pratique avant que la doctrine ou la jurisprudence des Parlements aient eu à se prononcer sur la nature juridique de ces avantages matrimoniaux; et ce silence semble permettre de conclure que de telles dispositions valaient comme conventions de mariage. Il faut arriver à Le Brun et à Pothier pour voir s'élever les premiers doutes à ce sujet. « En faisant l'ameublement, — dit l'un (1), — on n'est point sujet aux réserves, car cet ameublement n'est pas donation, mais une convention. Il ne demande point d'insinuation, il n'est point sujet au retranchement de la légitime, ni à être révoqué pour survenance d'enfant; le droit de retour n'y a pas lieu ». Cependant, le même Le Brun refuse aux mineurs le droit d'adopter la communauté universelle ou de faire un ameublement excessif (2). — Un autre auteur, Ricard (3), ne se prononce que pour l'ameublement consenti par la femme : « ... Dans l'usage de ce temps, il se pratique que les filles ameublissent, par leur contrat de mariage, le tiers de leurs propres, si ce n'est qu'elles aient des meubles jusqu'à cette concurrence, sans que les maris fassent ameublement de leur part, à cause de leur industrie qui se compense avec l'ameublement de la femme ».

Quant à Pothier, il a longtemps hésité dans la détermination de la nature de l'ameublement. Dans son Introduction à la

(1) Le Brun, *Traité de la communauté*, P. 50, n° 17, 1° *in fine*.

(2) Le Brun, *Traité de la communauté*, L. I, chap. V, distinct. II, §§ 3 et 24.

(3) Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. IV, sect. III, n° 1130.

Coutume d'Orléans, il opinait pour le caractère gratuit, toutes les fois que la clause n'avait pas un but égalitaire. Dans son *Traité de la communauté* (1), il nous explique son revirement en faveur de la convention de mariage : il commence par exposer l'opinion qui voit dans l'ameublement une donation « Lorsque, par le contrat de mariage, j'ai ameubli un héritage à la communauté, l'autre conjoint n'avait rien apporté de sa part, ou lorsque, outre l'héritage que j'ai ameubli, j'avais apporté en autres effets à la communauté autant comme lui, l'ameublement que j'ai fait étant, en ce cas, un titre lucratif, je ne suis aucunement tenu de l'éviction que la communauté a soufferte de cet héritage, n'y ayant pas lieu, dans les titres lucratifs, à la garantie des évictions... ». Puis il abandonne cette thèse du côté « lucratif » de l'ameublement, pour se rallier à l'opinion opposée de ceux qui « décident indistinctement que le conjoint qui a apporté par le contrat de mariage un héritage, est tenu, en cas d'éviction, de faire raison de la valeur à la communauté, parce que le contrat de société est un contrat de commerce, dans lequel, par conséquent, il y a lieu à la garantie. Quoique par ce contrat l'une des parties y apporte en choses plus que l'autre, il n'est pas pour cela (hors le cas de l'Édit des secondes noces) censé renfermer une donation faite à la partie qui apporte moins en choses, laquelle est présumée suppléer en industrie, ce qu'elle apporte de moins en choses ». Les auteurs ne distinguent pas entre l'ameublement général et l'ameublement particulier, si bien qu'à la fin de notre ancien droit coutumier, le caractère onéreux de cette clause ne faisait plus aucun doute.

Quant à la communauté universelle ou de tous biens,

(1) N° 344 *in fine*.

répandue en Belgique et en Hollande, elle ne se rencontre en France que d'une manière très exceptionnelle (dans quelques provinces du Nord : Tournai, Arras), parce qu'elle est en opposition avec le principe de la conservation des propres dans les familles ; en tout cas, elle est traitée comme une communauté ordinaire (1).

Si ces clauses, relatives à la composition active et passive de la masse commune, ont été si aisément admises par nos anciens auteurs, c'est qu'elles ne paraissaient pas attentatoires à l'économie même du régime ; du moment où elles ne faisaient pas échec à l'idée fondamentale d'association ou de collaboration conjugale, ni à l'essence des pouvoirs du mari sur les biens communs et sur les propres de sa compagne, elles étaient pleinement valables, parce qu'inspirées le plus souvent par le seul souci d'équilibrer les mises sociales ; peu importait qu'exceptionnellement elles dégénérassent en avantages matrimoniaux à allure gratuite : la jurisprudence se refusait, en principe, à rechercher toute intention libérale.

Par contre, si nous envisageons les conventions dérogeant à l'égalité du partage, les auteurs coutumiers paraissent moins catégoriques. C'est ainsi que Guy Coquille soumettait le préciput aux formalités des donations, car il considérait avec la plus grande défiance tous les avantages entre époux (question 116). — Mais Le Brun n'y voyait une donation que dans les deux cas exceptionnels suivants : « Il faut pourtant être averti que le préciput passe pour un titre lucratif dans l'exécution de l'Edit des secondes nocés... » et « il se peut prendre sur les propres du mari, quand il est donné à la femme en cas qu'elle renonce à la communauté, parce qu'en ce cas,

(1) On ne trouve que la réserve de Le Brun, relative au conjoint mineur. Cf. *supra*, p. 32.

c'est une donation » (1). Dans les autres situations, Le Brun traitait le préciput comme une convention de mariage. Pothier se range au même principe (2) : « Quoique la convention de préciput, quelles que soient les choses et les sommes dans lesquelles on la fait consister, renferme un avantage, que celui des conjoints qui doit prédécéder, fait au survivant, et qu'il soit regardé comme tel, tant par rapport au premier qu'au second chef de l'Edit des secondes nocés; néanmoins elle est regardée plutôt comme convention de mariage, que comme donation, et en conséquence, elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation ». — Il est vrai que dans un autre passage, il semble admettre, *a contrario*, la possibilité de réduction d'un préciput exagéré (3). « Le préciput est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel et pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime ». Il est d'ailleurs plus formel dans son *Traité de la communauté*, n° 441. « Lorsqu'il est excessif, les héritiers du prédécédé sont bien fondés à demander qu'il soit réduit et modéré *arbitrio judicis* ».

Quant aux véritables clauses de partage inégal, très nombreuses à partir du xvi^e siècle, elles apparaissent licites et utiles, puisqu'elles permettent de donner plus à l'époux qui a apporté plus. Mais elles peuvent devenir facilement des instruments d'enrichissement, et, comme telles, retiennent davantage l'attention de nos anciens auteurs. En tout cas, on ne met pas en doute leur possibilité. « Quoique, suivant nos Coutumes, les conjoints par mariage soient conjoints pour moitié et que, lors de la dissolution de la communauté, les conjoints ou leurs

(1) Le Brun, *Traité de la communauté*, liv. III, chap. II, dist. IV, §§ 3 *in fine* et 5.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, P. I, chap. III, § 11, n° 442.

(3) Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. III, art. V, § 2 *in fine*.

héritiers la partagent par portions égales, et non par portions proportionnées à ce que chacun y a apporté ; néanmoins on peut valablement convenir par le contrat de mariage, qu'ils y auront des parts inégales » (1). Pothier subordonne seulement la validité de ces clauses à la condition que la répartition du passif soit proportionnelle à celle de l'actif. « On ne pourrait valablement convenir que l'un des conjoints aurait une certaine part de l'actif de la communauté, et qu'il supporterait une part différente dans le passif, ou plus grande, ou moindre, parce qu'on pourrait éluder les lois qui ne permettent pas que l'un des conjoints par mariage, puisse, pendant le mariage, ou s'avantager aux dépens de l'autre, ou avantager l'autre à ses dépens... Ces conventions doivent donc être déclarées nulles » (2). Le forfait de communauté est aussi très fréquent, surtout en faveur des héritiers de la femme. « Le mari, qui retient tous les biens de la communauté, à la charge de donner la somme convenue aux héritiers de la femme, doit, en conséquence, être seul tenu pour le total de toutes les dettes de la communauté » (3).

Toutes ces clauses, dérogeant à l'égalité du partage, étaient donc en principe considérées par notre droit coutumier comme de simples conventions de mariage : on justifiait cette solution en reconnaissant qu'une part supérieure à la moitié n'était que la juste récompense d'apports en industrie ou en activité de l'époux avantagé, généralement le mari. Peut-être ces conventions spéciales n'étaient-elles d'ailleurs qu'une survivance des anciennes pratiques n'accordant à la femme que des gains de survie.

Seule, une clause de plus grande inégalité aurait pu soulever un doute sérieux, car elle arrive à priver un conjoint de tout

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 449.

(2) Passage précité.

(3) Pothier, *op. cit.*, n° 457.

droit dans la masse commune : l'attribution totale de la communauté à un époux, ordinairement le survivant, semble en effet impliquer une intention libérale non équivoque. M. Coin-Delisle, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1), résume fort bien l'esprit de la tradition sur la question : si, dit-il, la plupart des conventions de mariage, modifiant la communauté légale, étaient considérées comme contrats onéreux, c'est qu'elles procédaient dans les termes des anciennes coutumes ou par exclusion de certaines de leurs conséquences ordinaires et non essentielles au régime. Il en résultait qu'à la limite, on aurait pu arriver indirectement à une attribution totale de communauté, en rejetant au contrat de mariage les effets de la coutume relatifs au partage normal. « Mais si les époux avaient déclaré nettement et directement que la totalité de la communauté appartiendrait au survivant d'eux, et que cette communauté eût été *très* fructueuse, la question de savoir si la moitié des conquêts était chargée de la légitime des enfants nés du mariage, aurait souffert de graves difficultés » (2).

D'ailleurs le don mutuel fournissait un argument *a fortiori* en faveur du caractère gratuit : du moment où cette disposition, faite pendant le mariage à défaut d'enfants, et n'affectant que l'usufruit des biens communs, constituait une donation exceptionnellement permise, l'attribution en pleine propriété devait avoir la même nature ; elle n'était plus une simple convention de mariage, mais une vraie donation de biens à venir, portant sur la part acquise par le prédécédé dans chaque conquêt (3).

(1) T. XX, année 1862, p. 196 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 197.

(3) Quoique nous ne trouvions ce raisonnement formulé nulle part, nous reconnaissons qu'il a le mérite de bien cadrer avec les idées coutumières.

En réalité, nos anciens auteurs ont dû se rendre compte que l'attribution totale de la communauté au survivant avait le même résultat que l'exclusion des héritiers du prédécédé et qu'une simple nuance de formule ne justifiait pas une différence de traitement.

En tout cas, nous ne trouvons aucune indication relative à l'attribution totale de communauté, excluant complètement un conjoint du partage. Le Brun et Pothier ne semblent envisager expressément que les clauses conférant les *acquêts* à un seul époux. Le premier, en effet, estime qu'un tel avantage n'est pas exorbitant, puisqu'il est permis à un mineur et dispensé d'insinuation (1). « La plupart de nos auteurs ont été d'avis que les héritiers d'un mineur ne pouvaient pas se faire relever de la clause de son contrat de mariage, que tous les *meubles et conquêts* appartiendraient au survivant (Boerius, *Titre des Mariages*, art. I) parce que cette clause ne comprend que les fruits de son travail et non pas ses propres et qu'elle est réciproque... Un arrêt du 18 mai 1602, juge qu'une telle clause n'est point sujette à insinuation entre majeurs ; par où elle est jugée simple convention et non donation ». Tout au plus peut-on dire que Le Brun admet la possibilité d'englober les meubles dans la convention, mais il reste muet sur les autres apports.

Si nous consultons Pothier, nous trouvons une idée du même genre, qui vient limiter le montant de l'avantage, résultant de pareille clause (2). « Les conventions matrimoniales ne sont pas réputées donations et par conséquent ne sont pas sujettes à la légitime. — C'est pourquoi, s'il était convenu que le mari survivant ne serait tenu de rendre, pour tout droit de commu-

(1) Le Brun, *op. cit.*, liv. I, chap. III, § 17.

(2) Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. III, art. V, § 2, *in fine*.

nauté aux héritiers de la femme, *que ce qu'elle y a apporté, ou une certaine somme*, quoique la communauté se trouve très avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme, car le mari survivant ne retient point en ce cas les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux, qu'il n'y aurait que la femme, si elle survivait, qui aurait le droit de partager la communauté et que ses héritiers ne l'auraient pas ».

Ce passage de Pothier est intéressant car il a inspiré notre article 1525, qui devait soulever de longues discussions. Pour le moment, il nous suffit d'en retenir l'idée essentielle, relative à la reprise d'apports réservée aux héritiers de l'époux prédécédé. Pothier, passant en revue les différents avantages matrimoniaux, ne pense pas qu'un époux puisse être privé de tout droit dans le partage de la communauté ; il doit compter au moins sur ses apports, ou sur une certaine somme fixée à forfait et, sous cette condition, la convention n'est pas une libéralité. Mais Pothier n'examine pas réellement l'hypothèse d'une attribution absolue de communauté, si bien qu'il est impossible de connaître son opinion sur ce point.

Ces différents fragments font parfaitement ressortir le dernier état de notre ancien droit sur la question des avantages matrimoniaux : la pratique et la doctrine les traitent en conventions de mariage, à titre onéreux, inhérentes au régime matrimonial et, comme telles, vues très favorablement par la Coutume. La communauté ne peut être assimilée à une société ordinaire, où l'égalité des mises et des parts s'impose ; un époux, dont l'apport pécuniaire est moindre, peut faire bénéficier son conjoint de certaines qualités personnelles, qui contribueront à l'enrichissement de la masse commune et mériteront

récompense : les parties ont donc le droit, dans leur contrat de mariage, de stipuler toute clause modifiant la composition ou la liquidation légales de la communauté, sans que l'avantage en résultant cesse d'être une convention matrimoniale. Mais, comme il eût été facile de tourner ainsi la prohibition des donations entre époux, nos anciens auteurs ont voulu parer à cette échappatoire, en réservant aux juges la faculté d'intervenir : chaque fois que la disposition paraîtra exorbitante ou le bénéfice excessif, la convention de mariage sera traitée comme une libéralité, sujette à la légitime et soumise à la réduction. — Le Brun est formel (1) : « Il est certain que ce qui n'excède pas les bornes des conventions ordinaires n'y est pas sujet (à la légitime), comme une communauté coutumière, un douaire coutumier, un ameublement du tiers des propres, lorsqu'il n'y a point de meubles, un préciput à l'ordinaire, car toutes ces clauses sont réputées onéreuses. Mais un préciput exorbitant, un ameublement excessif et une communauté dont le partage serait stipulé d'une manière illégale pourrait être sujet à la légitime » ; n° 12 : « En un mot, toutes les conventions de mariage qui n'excèdent pas le droit coutumier du royaume, sont des titres onéreux, et toutes celles qui excèdent le droit commun et la manière ordinaire de contracter sont des donations (n° 13) Le contrat de mariage étant un contrat onéreux, les clauses qui le composent ne doivent passer pour des donations que quand elles sont exprimées telles, en ce qu'elles n'ont point d'autre face ».

Pothier admet le même correctif et la même possibilité de réduction des conventions de mariage les plus graves ; il semble aussi — avons-nous vu — ne pas tolérer une spoliation complète, puisqu'il envisage toujours une certaine reprise

(1) Le Brun, *Traité des successions*, liv. II, chap. III, sect. VII, n° 6.

en apports ou en argent. Si une attribution totale d'acquêts a fini par être validée, il est douteux qu'on ait fait un sort identique à la clause englobant toutes les mises d'un époux. Elle devait paraître tellement inconcevable à nos auteurs coutumiers, qu'ils n'ont pas songé à en parler, ni à en déterminer le caractère ; si tout porte à croire que cette stipulation aurait valu libéralité, nous ne trouvons aucune application pratique de cette idée, ni aucun document qui y soit relatif.

Dans notre ancien droit, la nature juridique des avantages matrimoniaux ne peut donc pas toujours être déterminée *a priori* ; c'est avant tout une question d'espèce. Mais il est permis d'affirmer qu'en principe, ils sont traités comme des conventions onéreuses, parce qu'ils font partie intégrante du contrat de mariage et constituent proprement le régime nuptial ; ce n'est qu'exceptionnellement, en cas d'intention libérale prouvée par un émolument excessif, qu'ils sont assimilés à des donations. Cette manière de voir ne procède peut-être pas d'une savante technique juridique, mais elle a le mérite de bien cadrer avec l'histoire de la communauté, telle que l'ont faite de longs siècles de tâtonnements et de pratique ; elle trouve d'ailleurs son explication dans la faveur qui n'a jamais cessé d'entourer notre régime national.

En face de cette théorie quasi-unanime, nous trouvons la seule dissidence de Merlin (1) : cet auteur estime que les avantages et gains de survie stipulés par le contrat sont des libéralités, sujettes à réduction au profit des enfants qui naîtront du mariage. Il invoque l'Ordonnance de 1731, article 34, qui « assujettit au retranchement de la légitime

(1) *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux*, t. III, p. 223 et suiv.

toutes les donations indistinctement » et l'autorité de Boucher d'Argis (*Traité des gains nuptiaux*, chapitre 18) ; « tous les autres avantages stipulés par le contrat de mariage, comme le préciput, donations mutuelles, etc... sont réductibles par la légitime ». Mais l'opinion de Merlin est toujours restée isolée.

SECTION SPÉCIALE. — Les avantages matrimoniaux
au cas de remariage

Si nos anciens auteurs accordaient aussi facilement aux avantages matrimoniaux le caractère de conventions onéreuses, c'est que cette solution leur paraissait sans danger pour les principaux intéressés à la question : en effet, les enfants issus du mariage n'avaient pas à être protégés contre des libéralités possibles entre leurs auteurs, puisqu'ils retrouvaient toujours dans un patrimoine la valeur dont l'autre s'était appauvri. Cette considération, pour ne pas être seule en la matière, n'en était pas moins décisive, au point que dans la situation particulière de remariage, où les conditions ne sont plus les mêmes et où le raisonnement ne vaut plus, toute la théorie générale des avantages matrimoniaux devait recevoir une forte atteinte.

L'ancien droit a toujours vu le second mariage avec défaveur et il a craint que l'époux d'une personne ayant des enfants d'une première union, se fasse consentir des avantages à leurs dépens. C'est à ce danger que devait parer l'Edit des secondes noces (rendu par François II en 1560), dans ses deux chefs inspirés directement des lois *Hac edictali et feminæ quæ* : le premier interdisait aux veuves, ayant des enfants, de donner à leur nouveau mari plus d'une part d'enfant, « au cas de division inégale de leurs biens faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations

par elles faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à raison de celui des enfans qui en aura le moins » ; le deuxième défendait à l'époux remarié de donner à l'autre le moindre bien provenant du conjoint défunt.

Les dispositions de l'Edit devaient passer en 1580 dans la deuxième rédaction de la Coutume de Paris, article 279 : « Femme convolant en secondes nocces ne peut avantager son second mari de ses propres et acquêts plus que l'un de ses enfans ». La pratique ne tarda pas, en outre, à étendre cette règle aux veufs.

Comme l'Edit était très large dans sa rédaction : « les femmes veuves ne pourront, *en quelque façon que ce soit*, donner de leurs biens », la jurisprudence eut l'idée ingénieuse de ne pas restreindre le texte aux seules donations entre époux, mais de l'appliquer à toutes les conventions de mariage susceptibles d'entraîner un avantage matrimonial. Pothier nous l'affirme en ces termes (1) : « Non seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'Edit, mais encore les avantages qui se trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariage, y sont sujets ». Pothier n'hésitait même pas à appliquer l'Edit aux bénéfices résultant de la communauté légale, bien que la Coutume imposât ce régime aux gens mariés sans contrat (ce qui semblait exclure toute idée de fraude). « Suivant les principes de Dumoulin..., lorsque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage..., elles sont censées être tacitement ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il est d'usage de convenir dans la province... Ce n'est pas la loi immédiate et *per se*, qui y fait tomber en ce cas les choses qui y tombent ; c'est la convention, tacite ou virtuelle, intervenue entre les parties, par laquelle elles sont censées

(1) *Traité du contrat de mariage*, n° 549.

avoir convenu qu'elles y tombassent, qui les y fait tomber » (1).

Les commentateurs de l'Edit mettaient donc sur le même pied, au point de vue du retranchement à la quotité disponible, les donations ordinaires et formelles, et les conventions matrimoniales expresses ou tacites. Pothier (2) reconnaît une seule exception, pour la communauté légale, quand l'avantage ne résulte pas de la confusion des meubles et des dettes existant au jour du mariage mais de l'entrée en communauté de nouveaux biens au cours du régime ; l'intention libérale faisant incontestablement défaut, ces avantages involontaires ne devaient pas être soumis au retranchement (3).

Conclusion sur l'ancien droit coutumier

Nous pouvons donc dire que les avantages matrimoniaux se présentaient avec une nature nettement définie à la fin de notre droit coutumier : ils valaient en principe comme simples conventions de mariage, sauf réduction au cas d'excès ou d'abus, et ils étaient exceptionnellement assimilés à des libéralités, en présence d'enfants d'une précédente union.

SECTION II. — Pays de droit écrit

Le Midi, plus attaché à la civilisation romaine et moins remué par les invasions barbares, a conservé assez vivaces les traditions matrimoniales du droit romain. Comme il demeurait la région classique du régime dotal, on aurait pu le croire impénétrable à la notion même de communauté,

(1) *Traité du contrat de mariage*, n° 551.

(2) *Ibid.*, n° 553.

(3) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Traité théorique et pratique de droit civil. — Du contrat de mariage*, 3^e édit., t. II, § 1452 *in fine*.

avec la société de biens, l'autorité maritale et le partage de la masse commune, qui en sont les attributs.

Et cependant, sous l'influence de certains éléments germaniques et religieux (1), on voit se dessiner, dès avant le xii^e siècle une tendance assez générale à accepter la donnée même d'acquêts, communs et partageables, surtout dans les provinces commerçantes.

Après la renaissance romaine, le Midi retombe sous le véritable régime dotal de Justinien, mais conserve la faculté de stipuler accessoirement au régime dotal une société d'acquêts, où il n'entre rien autre chose que les produits du travail des époux et les revenus de leurs biens respectifs. A Bordeaux, cette société d'acquêts existait de droit au xiii^e siècle ; bien qu'elle soit normalement partageable par moitié, les parties avaient toute latitude pour en régler la liquidation ; le survivant pouvait par exemple retenir l'usufruit de la moitié revenant aux héritiers du conjoint prédécédé ou même conserver tout l'émolument de la société : ainsi qu'en pays de Coutume, ces clauses de partage inégal étaient considérées comme de simples conventions de mariage, comme des lois du contrat de société, non soumises à l'insinuation et à l'action des légitimaires. M. Tessier, dans son *Traité de la société d'acquêts*, page 51, nous cite de nombreuses consultations et un arrêt du 5 avril 1732, du Parlement de Bordeaux, conformes à cette opinion.

Nous avons, en outre, les témoignages plus anciens de Maynard (livre III, chapitre 29 ; arrêt du Parlement de Toulouse, 10 janvier 1570), de Despeisses (tome I, page 380, Titre des contrats, partie I^{re}, titre 13, section VI, n^o 35), et de Henrys (et Bretonnier, question 58^e), recueillis par M. Coin-

(1) Cf. Lefebvre, *Le droit des gens mariés en pays de droit écrit* (Cours de doctorat, 1910).

Delisle (1). Ces auteurs donnent même une solution identique au cas de secondes noces.

Et cependant, tout au moins dans le ressort du Parlement de Bordeaux, la question était controversée de savoir s'il pouvait y avoir lieu au retranchement de la loi *Hac edictali*, en présence d'enfants d'un premier lit.

M. Tessier nous rapporte une consultation de M. Lisleferme du 11 juin 1738, autorisant une femme remariée à abandonner par contrat de mariage tous les acquêts à son second mari, malgré l'existence d'enfants d'une première union. En sens contraire, les frères Lamothe, dans leur Commentaire sur la Coutume de Bordeaux (tome I, page 385), citent un arrêt du Parlement de Bordeaux du 22 avril 1747, qui déclare de nul effet la clause d'attribution de tous les acquêts au survivant ; de même un arrêt du 2 août 1760. M. Tessier (2) fait remarquer que ces décisions récentes sont opposées à une jurisprudence plus ancienne, ne soumettant pas au retranchement l'usufruit accordé au second conjoint (Attestation du 8 février 1689).

Nous pouvons donc affirmer que les seuls avantages matrimoniaux possibles en pays de droit écrit — ceux résultant du partage inégal de la société d'acquêts jointe au régime dotal — n'ont jamais été considérés comme des libéralités, sauf peut-être au cas de secondes noces, dans certains parlements.

C. — *Droit intermédiaire*

Alors que l'ancien droit avait manifesté une extrême hostilité à l'égard des libéralités entre conjoints (sauf le don mutuel en usufruit et les avantages matrimoniaux proprement

(1) Coin-Delisle, *op. cit.*, année 1862, p. 202.

(2) Cf. Tessier, *op. cit.*, p. 59 et 60.

dits), la législation révolutionnaire se montra, par réaction, très favorable aux dispositions entre époux, dans les bouleversements qu'elle apporta aux lois relatives au mariage, aux successions, aux transmissions de biens par donations ou testaments. Le décret du 17 nivôse an II autorisait en effet les conjoints à se donner, en propriété ou en usufruit, jusqu'à la totalité de leurs biens, sans distinction entre les meubles ou acquêts et les héritages propres ; un seul correctif était admis dans l'intérêt des enfants : en leur présence, le montant de la libéralité était réduit à une moitié en usufruit.

Il est intéressant de rechercher le sort réservé par cette nouvelle réglementation aux *avantages matrimoniaux*. Dans le texte du décret, nous trouvons bien à plusieurs reprises le mot « avantage », mais non pas la chose, car ce terme y vise incontestablement, *lato sensu*, toutes les libéralités ordinaires et non pas spécialement les bénéfices inhérents au régime communautaire coutumier. C'est dans cette acception qu'il faut entendre l'article 14 : « Les avantages loyalement stipulés entre époux, dont l'un est décédé avant le 14 juillet 1785, seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de tous autres avantages échus et recueillis postérieurement, ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons entre vifs ou legs faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, ils obtiendront également effet... ». De même, l'alinéa 2 de l'article 13 : « Néanmoins, *s'il y a des enfants de leur union ou d'un précédent mariage*, ces avantages ne pourront s'élever au delà de moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé... ».

En raison de la généralité du texte, il semble que les véritables avantages matrimoniaux ne doivent être assimilés aux autres libéralités qu'en présence de descendants et uni-

quement au point de vue de la réduction au disponible spécial prévu par l'article 13. Mais, dans toutes les autres hypothèses et à l'égard des collatéraux, les avantages matrimoniaux restent, comme dans l'ancien droit, des conventions de mariage.

Le décret n'a donc innové que sur deux points relatifs aux enfants : il a limité le montant de ces clauses, uniquement quand l'intérêt de ces derniers est en jeu, et il a unifié la législation, en supprimant toute distinction entre les enfants communs et ceux d'un premier lit. Mais, ces deux particularités mises à part, l'ancien droit coutumier gardait toute sa force traditionnelle, à défaut d'une réglementation nouvelle, complète, du droit intermédiaire.

CHAPITRE III

ŒUVRE DU CODE CIVIL

Si on considère l'œuvre du Code civil, il n'apparaît pas formellement que le législateur de 1804 se soit inspiré d'une doctrine très nette et très homogène, pour résoudre le problème des avantages matrimoniaux. Après avoir cherché à trancher spécialement la question — non sans laisser place à la controverse — pour le préciput (art. 1516), il se contente de proclamer la liberté des clauses de partage inégal de la communauté (art. 1520), sans déterminer leur nature juridique, si ce n'est pour l'attribution totale des acquêts (art. 1525). Il ne s'élève à la hauteur d'un principe général que dans l'hypothèse particulière de remariage, pour protéger, sous l'inspiration de l'Edit des secondes nocés, les enfants d'un premier lit : les articles 1496 et 1527, en effet, soumettent à l'action en retranchement les avantages en capitaux, résultant de la communauté légale ou conventionnelle.

Mais c'est en vain que les interprètes chercheraient à dégager du Code civil une théorie d'ensemble, à formules nettes, au cas normal de mariage unique. Ce silence presque absolu trouve son explication dans deux causes. La première, toute relative, réside dans l'imprécision de nos anciens textes sur la question : nos auteurs coutumiers, dont les rédacteurs du Code aimaient à faire leurs guides habituels, ne sont pas très prolixes ; ils étudient bien à l'état isolé quelques avantages matrimoniaux, mais sans en définir les caractères juridiques et,

s'ils les favorisent dans l'intérêt du mariage, ils en redoutent les excès et laissent percer leur crainte de voir tourner la prohibition des donations entre époux. La même absence de technique juridique se rencontre voulue, semble-t-il, dans le Code civil : pour éviter des abus, il n'ose proclamer que tous les avantages matrimoniaux valent comme conventions de mariage ; deux seulement, le préciput et l'attribution totale des bénéfices de la communauté « ne sont pas réputés soumis aux règles des donations ». Mais quelle est leur nature intrinsèque, voilée par cette manière de fiction légale ? Quel sera le sort des autres avantages ? Autant de questions sans réponse positive. Il n'est pas jusqu'à la lettre même de certains textes, qui ne s'explique uniquement par une reproduction malencontreusement aveugle de passages de Pothier : l'article 1516 en est un exemple.

Cette méthode vague et incertaine procède d'ailleurs, en 1804 de la même idée que dans l'ancien droit — et nous en arrivons ainsi à la seconde raison annoncée, plus décisive encore que la première : le législateur n'a pas cru devoir se préoccuper spécialement des profits personnels qu'un conjoint peut retirer du régime, tant que l'intérêt des enfants communs, nés du mariage, était seul en jeu : également héritiers de leurs deux auteurs, ils n'ont pas à redouter l'effet d'avantages, dont ils sont toujours sûrs de retrouver le montant, dans la succession de leur père ou de leur mère ; il en résultera tout au plus une faveur viagère pour le conjoint bénéficiaire.

Un péril particulier se présente au contraire quand la stipulation profite à un second conjoint, auquel les enfants du premier lit ne succéderont pas : tous les avantages qu'il obtient sont perdus par eux et on comprend la nécessité, dans ce cas spécial, de réduire, par une action exceptionnelle en retranchement, ce genre de dispositions entre

époux : le Code civil n'y a pas manqué dans ses articles 1496 et 1527.

Mais cette explication n'est pas sans soulever de critiques : le convol en secondes noces n'est pas le seul danger qui menace la vocation héréditaire des enfants ; en dehors d'un remariage, le survivant peut dissiper les biens qu'il a acquis par préciput ou par une clause de partage inégal ; il lui est loisible d'en gratifier un tiers dans la mesure de la quotité disponible ; il peut faire participer à leur distribution, en même temps que les enfants communs, des enfants naturels reconnus avant le mariage ou après sa dissolution ; il prive enfin momentanément ses descendants de la jouissance utile de certaines valeurs, venant du conjoint prédécédé. D'autre part, il est d'autres intéressés et les ascendants, eux aussi, sont dignes de protection. Et surtout, avec un tel raisonnement, poussé jusqu'au bout de la logique, on arriverait à valider pleinement toutes les libéralités entre époux, directes ou indirectes, en présence d'héritiers communs aux deux conjoints, sous prétexte qu'ils retrouveront toujours le montant de la disposition dans un patrimoine ou dans l'autre.

De telles observations nous amènent à la considération suivante : il est profondément regrettable que le législateur de 1804 ne se soit pas expliqué de façon formelle et générale sur la nature des avantages matrimoniaux. Il a laissé place à la controverse et à la discussion et rendu difficile l'interprétation de ses trop rares articles, menaçant par cette lacune de léser des intérêts légitimes.

Pour essayer de dégager l'esprit des rédacteurs du Code, nous croyons nécessaire d'analyser minutieusement les quelques hypothèses visées par un texte, avant de rechercher un principe de solution applicable aux autres cas.

SECTION PREMIÈRE. — **Préciput** (art. 1515 et 1516)

C'est le premier avantage matrimonial prévu par le Code : il consiste pour un époux à prendre avant partage une certaine somme ou des effets de communauté. L'article 1515, qui semble limiter ce droit au profit du survivant et l'admettre pour les seuls objets mobiliers, n'a pas ce caractère doublement restrictif : il envisage simplement la situation la plus fréquente. Il distingue deux sortes de préciput : l'un, normal, qui suppose l'acceptation de la communauté par la femme (quand il est stipulé en sa faveur), et qui ne peut s'exercer que sur l'actif net à partager, il ne confère pas au bénéficiaire un droit de créance, mais uniquement de prélèvement ; — l'autre, préciput improprement dit, qui profite à l'épouse, même renonçante, et frappe au besoin les propres du mari, sous la garantie de l'hypothèque légale.

A la suite de ces définitions, l'article 1516 nous dit : « Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage ». Pris à la lettre, ce texte semble n'avoir qu'une utilité secondaire, puisqu'il se contente de dispenser le préciput des seules formes des donations. Et quelles formalités peut-il bien viser ? L'acte notarié ? Nous supposons un contrat de mariage. L'acceptation expresse ? L'article 1087 ne l'exige pas ? La présence d'un second notaire ? La loi du 12 août 1902 ne l'impose pas (1). La transcription ? Il s'agit ordinairement de meubles. L'état estimatif ? La convention porte sur des biens à venir.

En sommes-nous réduits à nier toute portée à l'article 1516 et à conclure que les règles de fond des libéralités sont appli-

(1) Cf. notre thèse, p. 13 (pour cette dispense des formalités ordinaires des donations).

cables au préciput? Ce raisonnement semble d'autant plus décisif que l'article 1525, visant un autre avantage matrimonial, le dispense expressément des conditions de forme et de fond des donations : la différence de rédaction n'implique-t-elle pas un traitement distinct? Mais que signifie alors la fin de l'article 1516 : « il est regardé comme convention de mariage » ? Car il devient incompréhensible de prendre pour libéralité une disposition que l'on qualifie de convention de mariage.

En réalité, ce texte ne peut s'interpréter qu'à la lumière des précédents historiques. Nous connaissons l'opinion de Pothier : « Néanmoins, elle (la convention de préciput) est regardée plutôt comme convention de mariage que comme donation et, en conséquence, elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation » (1). L'article 1516 n'est qu'une reproduction maladroite de ce passage ; il fait une allusion servile et aveugle à une formalité supprimée par le Code civil, et la dispense qu'il porte, utile dans l'ancien droit, est devenue lettre morte aujourd'hui. Seul, le principe posé par Pothier est à retenir : le préciput est une convention de mariage, non seulement quant à la forme, mais quant au fond.

D'ailleurs, l'article 1525, invoqué contre nous, fournit plutôt un argument *a fortiori* en notre faveur : si on refuse de traiter l'attribution totale de la communauté en libéralité, il serait illogique de se montrer plus rigoureux pour une clause de moins grande inégalité, qui confère à un époux un avantage inférieur.

Il est vrai que M. Baudry-Lacantinerie (2) réfute cette idée : « En allant au fond des choses, on voit au contraire que

(1) *Traité de la communauté*, n° 442.

(2) *Traité du contrat de mariage*, 3^e édit., t. II, § 1421.

le préciput peut avoir un caractère de libéralité plus accentué. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que l'attribution de l'article 1525 comprend seulement les bénéfices réalisés par la communauté, tandis que, s'il s'agit de préciput, celui-ci s'exerce sur la masse commune, même aux dépens des apports du conjoint débiteur de ce droit. Le préciput a un caractère plus tranché de libéralité que la clause de l'article 1525. On ne peut donc point argumenter par *a fortiori* de cet article ».

Mais nous maintenons notre manière de voir : tout d'abord, les seuls acquêts peuvent représenter un bénéfice fort considérable en raison de leur importance, alors que le montant du préciput est généralement minime par rapport à l'ensemble de la masse partageable. Et surtout, nous verrons plus loin — lors de l'analyse de l'article 1525 — que l'exclusion de la reprise d'apports ne modifie pas la nature de l'attribution totale (ainsi jugé par une nouvelle jurisprudence datant de 1899) : du moment où l'avantage matrimonial le plus exorbitant n'équivaut pas à une donation, on ne saurait douter du caractère onéreux du préciput.

D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à refuser de traiter en libéralité le préciput proprement dit : les auteurs, comme Delvincourt, Bugnet, Colmet de Santerre, qui voulaient le soumettre aux règles de fond des donations, n'ont plus de partisans.

Le préciput est donc, sans conteste, regardé maintenant comme une convention de mariage à tous égards : cette appréciation est conforme à la tradition, à l'article 1516 sagement interprété et au principe que nous dégagerons plus tard : *les avantages matrimoniaux ne sont pas des donations*.

Mais il peut arriver que le préciput apparaisse illimité, ou tout au moins excessif, lors du prélèvement, à la suite d'un

changement de valeur subi par les effets de communauté au cours du régime. Dans ce cas, Pothier (1) autorisait les héritiers de l'époux prédécédé à faire réduire le préciput du survivant, dans une mesure arbitrée judiciairement. De nos jours, on repousse généralement ce correctif, à défaut d'une réserve de ce genre édictée par l'article 1516 : tel est l'avis de Toullier, Troplong, Guillouard, Laurent (2); seuls, MM. Aubry et Rau sont dissidents, en admettant une restriction spéciale (3) : « Si, en vue du prochain décès d'un des conjoints, on a acquis une grande quantité des objets désignés au contrat pour avantager considérablement le conjoint, alors le juge pourra intervenir et retrancher du préciput ces acquisitions frauduleuses ».

Quant à nous, nous reconnaissons la nécessité d'imposer une limite au préciput, comme à tous les avantages matrimoniaux et nous nous réservons de revenir sur ce point dans notre théorie d'ensemble.

Mais, à côté du préciput normal stipulé en faveur du mari ou de la femme acceptant la communauté, nous avons vu la possibilité d'accorder à l'épouse, même renonçante, un préciput assimilable à un droit de créance contre le mari. Allons-nous aussi traiter une telle clause en convention de mariage? Nous nous contenterons de faire remarquer que cette nouvelle question n'est plus expressément prévue par le Code : comme elle a soulevé de longues discussions, en théorie et en pratique, elle sera envisagée plus loin, avec les différentes conventions non réglementées par le législateur.

(1) Pothier, *op. cit.*, § 441.

(2) Pour la liste des auteurs en ce sens. Cf. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, II, § 1418 bis en note.

(3) *Cours de droit civil français*, 4^e édit., V. § 529 (texte et note 8).

SECTION II. — Attribution totale de la communauté à un époux,
réserve faite des apports de l'autre (art. 1525)

A la liquidation, la communauté doit se diviser normalement par moitié, à moins de convention contraire. Le Code civil a précisément favorisé les clauses de partage inégal, dans le but probable de perpétuer les nombreux gains de survie de notre ancien droit et de répondre ainsi au secret désir des parties : les époux peuvent donc adopter telle base de répartition qui leur plaira, pourvu seulement que le passif supporté soit proportionnel à l'actif reçu ; il leur est même loisible d'attribuer toute la communauté à un seul, sauf à l'autre ou à ses héritiers à faire la reprise de ses apports et capitaux. Pour l'instant, nous n'examinerons que cette dernière hypothèse prévue par l'article 1525.

L'article 1525 porte : « il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés ».

Une telle clause a pour but d'attribuer à un seul conjoint les économies et les bénéfices réalisés pendant le régime : elle apparaît doublement exorbitante, puisqu'elle est interdite par le droit commun des sociétés et qu'elle semble incompatible avec l'idée même de communauté. Le législateur a cru devoir l'admettre, par faveur pour le mariage, dans l'intérêt du survivant, qui peut conserver ainsi tout le fruit de son activité ou garder une situation égale, sans que le décès de l'autre époux vienne réduire son budget d'entretien ni changer son

train de vie. D'autre part, les héritiers du défunt ne supportent aucune lésion, car ils sont assurés de reprendre au moins tous les apports de leur auteur ; ce droit leur appartient indépendamment d'une convention expresse, car il repose sur l'intention présumée des parties.

A un autre point de vue, on a discuté sur l'étendue de la réserve édictée par l'article 1525 : sous la formule « apports et capitaux tombés dans la communauté », fallait-il comprendre des biens qu'on désigne parfois sous le nom de *propres mobiliers imparfaits*, comme les valeurs mobilières réalisées et les créances de reprises, tombées forcément en communauté en raison de leur nature, mais seulement de façon provisoire, car le contrat de mariage les en avait juridiquement exclues et la liquidation leur restituera leur véritable caractère? Toullier (1) et Colmet de Santerre (2) l'ont soutenu ; des tribunaux belges (3), sous l'influence de Laurent, l'ont admis. Mais, ces dissidences mises à part, on est unanime, en doctrine et en jurisprudence, à reconnaître que la réserve de l'article 1525 ne vise que les biens véritablement communs, faisant, à titre définitif, partie intégrante de la masse commune et s'opposant, comme tels, aux propres, parfaits ou imparfaits ; de sorte que dans l'hypothèse prévue, on n'envisage qu'une attribution des bénéfices et des acquêts ; on accorde aux héritiers d'un époux la faculté de retirer de la communauté tout ce qui y est chu du chef de leur auteur, au moment du mariage ou durant le régime.

Cette stipulation suppose toujours le cas de survie du conjoint bénéficiaire : si la communauté est dissoute par une

(1) *Droit civil français*, XV, p. 323.

(2) *Cours analytique de Code civil*, VI, n° 193 bis.

(3) *Pasicrisie belge*, 1844, 2, 117 ; 1859, 2, 13.

séparation de corps ou un divorce, le partage s'opérera par moitié et la clause n'aura plein effet qu'au premier décès.

La loi ne considère donc pas cet avantage matrimonial comme une donation, mais bien comme une convention de mariage, entre associés. Cette manière de voir est conforme au principe général que nous dégagerons plus tard sur la nature juridique de toutes les stipulations du même genre ; elle se justifie particulièrement, au cas d'attribution à un conjoint des seules économies réalisées au cours du mariage : ces bénéfices auraient pu être légitimement employés à subvenir aux charges communes et leur présence révèle simplement une bonne administration ; rien de plus légitime que de permettre aux époux de disposer de cette valeur, puisque par ailleurs ils conservent intacts en capital leurs patrimoines respectifs.

Cette considération s'imposait au législateur, au point qu'on la retrouve dans l'article 1527 : alors que tous les avantages dérivant de la communauté y sont assimilés à des donations et réductibles à un disponible spécial, par suite de l'existence d'enfants d'un premier lit, « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit ». Pour que le Code civil, si hostile à tout enrichissement entre époux au cas de secondes noces, admette ce tempérament, il fallait le motif impérieux que nous avons invoqué pour la justification de l'article 1525 : « en traitant comme libéralité un tel avantage, on aurait enlevé tout mobile à l'association entre époux, on aurait découragé l'esprit d'ordre et d'économie dans le ménage » (1).

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, II, § 1457.

Le caractère onéreux de la clause d'attribution totale des acquêts est donc incontestable ; les règles de fond et de forme des donations sont inapplicables, sans qu'on puisse avoir la même hésitation que pour le préciput, puisque l'article 1525 est explicite à ce double point de vue.

Cependant ce texte a donné lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation et a motivé de multiples décisions de jurisprudence, malgré sa précision apparente : il passe en effet une grave question sous silence. Il n'envisage l'attribution de la communauté que déduction faite des apports ; mais on admet que les parties peuvent supprimer cette réserve, sans qu'on arrive à se mettre d'accord sur la nature d'une telle stipulation : nous réservons cette hypothèse pour une étude ultérieure, puisque nous ne nous occupons ici que des situations régies par le Code.

SECTION III. — Avantages matrimoniaux au cas de secondes noces

(art. 1496 et 1527, al. 3)

Le législateur de 1804 a compris la nécessité d'une réglementation spéciale des avantages matrimoniaux au cas de remariage avec enfants d'un précédent lit ; ses dispositions procèdent d'ailleurs moins d'un esprit de rigueur à l'égard des convols en secondes noces que d'un souci de protection d'intérêts légitimes ; il a craint que le nouvel époux, animé d'une faible affection pour les enfants d'une autre union mais inspirant à son conjoint une grande passion, ne cherchât à les spolier par une pression exercée sur leur auteur. La vieille boutade de Guy Coquille reste éternelle : « la bourse des amoureux est liée de feuilles de poreau » (1).

(1) *Institution au droit français*, p. 66.

La courte étude historique du début nous a montré qu'à Rome et dans notre ancien droit, on avait étroitement limité toutes les libéralités entre époux dans cette situation particulière. L'Edit des secondes nocés, à la suite des lois *Hac edictali* et *Feminæ quæ*, est la source directe de l'article 1527, alinéa 3 ; on a simplement supprimé le second chef de l'Edit, établissant un certain droit de dévolution, comme entaché de substitution aujourd'hui prohibée. Le législateur moderne, dans cet ordre d'idées, a manifesté des idées conformes à la tradition à un triple point de vue : réduction du disponible au profit du second conjoint à une part d'enfant le moins prenant, avec maximum d'un quart ; diminution dans la même mesure des droits héréditaires en usufruit du nouvel époux ; et réglementation spéciale imposée aux avantages matrimoniaux : c'est par ce dernier côté que l'article 1527 se rattache directement à l'article 1098, en tant qu'il s'occupe d'opérations assimilées à des libéralités et, comme telles, imputables sur le disponible.

La raison de la différence de traitement entre le cas de mariage unique et celui de secondes nocés est facile à saisir : les enfants issus d'une autre union ne sont pas héritiers du nouveau conjoint, qui est pour eux un étranger ; ils sont donc dépouillés irrémédiablement des biens dont il est gratifié par le régime ; au contraire, les descendants communs aux deux époux ont une vocation héréditaire identique vis-à-vis de leurs auteurs, qui peuvent s'avantager sans grand inconvénient.

A défaut de texte, les bénéfices résultant des conventions matrimoniales ne pouvaient tomber sous le coup de l'action en réduction : les articles 1496 et 1527 ont donc utilement déclaré que tous les avantages inhérents à la communauté légale ou conventionnelle seraient, comme des libéralités, soumis à la mesure de l'article 1098. Pour fixer les idées, nous

allons énumérer les différentes modalités susceptibles d'enrichir le nouveau conjoint aux dépens des enfants d'un premier lit, et réductibles, comme telles, au disponible permis.

L'article 1496 admet d'abord que la communauté légale peut provoquer de ces avantages, par suite de la confusion des meubles et dettes des époux : il suffit d'imaginer le conjoint remarié plus riche que l'autre en valeurs mobilières, ou moins endetté. Le Code civil a ainsi tranché dans le sens de Pothier le doute relatif à l'application de l'Edit des secondes noces à la communauté coutumière. La généralité des termes de l'article 1496 permet même de traiter en donation le bénéfice résultant de successions mobilières advenues à l'époux remarié : il n'y a pas à considérer l'intention libérale de la partie appauvrie, mais uniquement le résultat de l'opération (tel est l'avis de la majorité des auteurs, sauf Toullier (1), et de la jurisprudence) (2).

Si nous passons à la communauté conventionnelle, nous trouvons de nombreuses clauses constitutives d'avantages matrimoniaux, mais il est impossible de les énumérer limitativement en raison de la liberté des conventions de mariage.

L'article 1527 pose d'ailleurs un principe général : toute stipulation « qui tendrait *dans ses effets* à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098 sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion ». Le législateur se place uniquement au point de vue objectif, indépendamment de tout *animus donandi* : du moment où une clause entraîne un bénéfice certain, elle tombe sous le coup de l'article 1098.

Les principaux avantages réductibles proviennent de modi-

(1) Toullier, *Le droit civil français*, XIII, n° 290.

(2) Entre autres décisions, S. 1892, 2, 164.

fications apportées à la composition ou au partage de la masse commune : réalisation faite par le nouveau conjoint seul mais — ameublement consenti par l'époux remarié sans réciprocité — communauté universelle, au cas où ce dernier est le plus riche — préciput, forfait, attribution de part supérieure à la moitié, en faveur du second conjoint, etc...

Mais il ne suffit pas d'apprécier chaque stipulation à l'état isolé pour en déterminer le degré de gratuité ; il faudra attendre la liquidation ou même le décès de la partie remariée — puisqu'il est question de *réserve* — pour établir une balance entre les diverses dispositions respectives du contrat de mariage : l'enrichissement primitif a pu disparaître au cours du régime, les époux ont peut-être cherché à compenser l'inégalité des apports par une faveur accordée lors du partage ; bref, il faudra comparer la somme des avantages concédés par chaque conjoint, pour réduire au disponible de l'article 1098 le seul excédent constaté au préjudice des enfants du premier lit.

L'article 1527 n'est d'ailleurs pas absolu : il a cru devoir apporter une restriction importante à son principe. S'il convient de limiter les avantages en capitaux du nouveau conjoint, il paraît équitable et pratique de négliger les bénéfices « résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux ». Le motif de cette disposition nous est connu (nous l'avons indiqué lors de l'explication de l'article 1525) : les héritiers réservataires n'ont pas à compter sur des revenus dont la destination normale est de servir à l'entretien du ménage. Refuser aux époux le droit d'en disposer librement équivaldrait à décourager une bonne administration et une sage économie ; de plus, il serait difficile, sinon impossible, d'établir un compte en règle des différents revenus, gains du travail, salaires et autres, et d'estimer

dans quelle mesure les aptitudes personnelles des conjoints ont pu favoriser l'augmentation de la masse commune.

L'accord est unanime sur l'existence et les raisons de cette exception ; mais la controverse naît au sujet de son étendue. Selon les uns, seul le partage des revenus par moitié ne constitue pas une libéralité, encore que les deux époux aient contribué inégalement à enrichir la communauté en capitaux ; par contre, la clause du contrat de mariage, accordant au second conjoint une part supérieure des bénéfices réalisés, tomberait sous le coup de l'article 1098. — Pour les autres, l'article 1527, *in fine*, ne fait qu'appliquer la solution de l'article 1525 aux secondes noces : les avantages en revenus ne sont jamais des dispositions gratuites, quel qu'en soit le mode de répartition, et même au regard d'enfants d'un premier lit.

La majorité de la doctrine et la jurisprudence se rangent à la première opinion : elles invoquent la généralité de l'article 1527 qui « déroge aux huit sections ci-dessus », parmi lesquelles se trouvent sans conteste l'article 1525 et toutes les stipulations de partage inégal. Le législateur a traité à part la question des avantages matrimoniaux dans les secondes noces, et l'article 1527, qui répond à ce but, doit se suffire à lui-même : il considère comme libéralités toutes les conventions examinées dans les textes précédents et, s'il apporte une exception pour les économies en revenus, il n'a en vue que leur jouissance commune pendant le régime et leur partage égal à la liquidation. « Il a seulement pour effet de ne pas forcer à rechercher si, pendant le mariage, chacun des deux époux a fait profiter la communauté dans une proportion égale, ou par suite des économies faites sur les revenus respectifs, ou par suite des avantages qui ont pu résulter des travaux entrepris par chacun d'eux : si l'un était propriétaire de biens importants à lui propres, si, sans la participation de son

conjoint, il avait entrepris un commerce lucratif, si enfin il avait occupé une fonction dont les émoluments eussent été considérables, il est constant que l'un d'eux seulement aurait fait profiter la communauté de ses économies et de son industrie, et que, lors du partage par portions égales, il y aurait pour un des conjoints un avantage évident : c'est à ce cas seulement que peut s'appliquer la disposition de l'article 1527... Mais l'attribution totale de la communauté même d'acquêts constitue un avantage indirect, restreint à la portion déterminée par l'article 1098 » (1). Pour conclure, on nous dit : si la masse de la communauté, où entrent les bénéfices et les revenus inégaux des époux, est partagée par moitié, il n'y a pas libéralité ; au cas contraire, le nouveau conjoint, gratifié d'une portion supérieure, est attributaire d'un avantage, réductible comme tel.

Bien que cette opinion soit celle de la plupart des auteurs (MM. Duranton, Troplong, Marcadé, Guillouard, Baudry-Lacantinerie, etc...) et de la jurisprudence (S. 1862, 1, 10 ; D. 1880, 1, 428), on a pu, à notre avis, soutenir avec vraisemblance que toute disposition matrimoniale affectant les revenus échappait à l'article 1098 : le législateur n'a voulu limiter en rien les conventions qui portent sur les seuls bénéfices de la communauté, car aucun réservataire, fût-il enfant d'un premier lit, ne peut légitimement compter sur de tels biens. Cette explication de l'article 1525, à la fois juste, sage et morale, doit naturellement s'étendre à l'article 1527, alinéa final, et les deux textes, loin de s'opposer, consacrent un principe identique en refusant le caractère gratuit aux simples avantages en revenus : comme ils ne distinguent aucunement

(1) Attendus d'un jugement du tribunal de Pontoise, rapportés à propos d'un pourvoi en cassation, S. 1855, 1, 514.

selon les bases de répartition adoptées par les parties, la liberté des conventions reste entière, et l'attribution totale des acquêts ne constitue jamais une libéralité.

D'ailleurs la théorie courante arrive, sous couleur d'équité, à une conséquence dangereuse : au cas de secondes noces, les intéressés ne pourraient critiquer un partage par moitié des bénéfices de communauté, en demandant à prouver que les époux avaient fait des apports inégaux et ils feraient tomber à leur guise des stipulations accordant une part de revenus proportionnelle à la mise en capital. On ne saurait cependant nier que la première convention peut aboutir à un enrichissement évident, alors que la seconde est conforme à une stricte justice.

Ces considérations nous forcent à admettre l'application la plus large de l'article 1527, alinéa final : quelle que soit l'importance des revenus accordés par l'époux remarié à son conjoint, ils ne deviennent jamais des libéralités analogues aux avantages en capitaux. Spécialement, si le contrat de mariage contient une communauté réduite aux acquêts, les parties conservent toute liberté pour s'en répartir les bénéfices et peu importe que le nouvel époux touche un émolument supérieur à une part d'enfant le moins prenant.

Cette situation n'est d'ailleurs pas spéciale au régime de communauté : dans la même hypothèse de secondes noces, il faut reconnaître que si une femme *dotale* abandonne la jouissance de ses paraphernaux à son mari, celui-ci n'a pas à rendre compte des revenus économisés, placés à son compte ou employés à son usage personnel ; ils sont tout simplement considérés comme consommés. A une certaine époque, on a essayé de soutenir que le bénéfice ainsi réalisé pouvait constituer un avantage préjudiciable aux intérêts des enfants d'un premier lit ; mais la Chambre des requêtes a repoussé cette

prétention dans un arrêt du 19 décembre 1842 (1) : l'article 1578, qui prévoit cet abandon de jouissance, repose sur la présomption légale que les fruits ont servi aux dépenses du ménage ; la preuve contraire ne doit pas être admise en raison des difficultés et des inconvénients qu'elle susciterait.

La même conclusion ressort implicitement d'une décision de la Chambre civile, rendue le 18 juin 1908 (2) : « Bien que la situation des enfants d'un premier lit soit spécialement digne d'intérêt, il serait juridiquement injustifiable de prétendre considérer l'avantage en revenus paraphernaux du second conjoint comme libéralité, l'article 1527 *in fine* n'apportant aucune dérogation pour les revenus communs ».

Si nous revenons maintenant au grand principe posé par les articles 1496 et 1527 dans leur disposition essentielle, relative aux bénéfices en capitaux, il ne semble pas que le moindre doute puisse s'élever sur l'interprétation de ces textes : par leur renvoi à l'article 1098, ils montrent une intention très nette d'assimiler les stipulations matrimoniales aux véritables donations ; en présence d'enfants d'un premier lit, il faudra donc imputer ces avantages sur le disponible spécial de l'article 1098.

Depuis l'Edit des secondes nocés, auteurs et arrêts paraissaient d'accord sur ce point. Pothier disait déjà à ce propos : « Non seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'Edit, mais encore les avantages qui se trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariage y sont sujettes » (3). Le Code civil, à son tour, semblait avoir consacré cette tradition bien assise, dans un système très cohérent de protection des enfants de précédente union. La doctrine, consi-

(1) S. 1843, 1, 165.

(2) S. 1910, 1, 369, note 2.

(3) *Traité du contrat de mariage*, n° 549.

dérant la question comme tranchée, ne jugeait même pas utile de se prononcer explicitement, à part Laurent, qui, lui, est formel : « Tout ce qui est donné au second conjoint, directement ou indirectement, s'impute sur le disponible » (1). Tous les arrêts identifiaient l'action en retranchement et l'action en réduction (2) quand, subitement, en 1891, la Cour de Nancy vint ébranler ce principe et inaugurer une manière de voir originale. Nous allons, pour fixer les idées, indiquer l'espèce en cause, débarrassée des contingences inutiles à la discussion : un veuf avec deux enfants se remarie sans contrat ; à son décès, il laisse sa nouvelle femme, ses enfants du premier lit et un légataire universel. Le notaire commis à fin de liquidation divisa la somme à partager en deux masses, l'une composée des économies faites par les époux pendant la communauté, l'autre comprenant les successions mobilières échues au mari durant le régime. Les enfants du premier lit ont exercé leur action en retranchement sur cette seconde masse, la veuve n'en prenant que le quart accordé par les articles 1496 et 1098 combinés ; quant aux biens restants, à partager entre les réservataires et le légataire universel, ils furent attribués pour un tiers à ce dernier, sans tenir compte de la part prélevée par l'épouse survivante. Les réservataires critiquèrent ce mode de calcul en soutenant que le notaire avait cumulé à leur préjudice deux quotités disponibles, celle du quart au profit de la veuve (art. 1098), celle du tiers du surplus au profit du légataire (art. 913). Selon eux, ce dernier disponible étant le plus fort, on devait imputer sur son chiffre (un tiers) l'avantage matrimonial d'abord, le legs universel ensuite, de sorte que le légataire ne pouvait réclamer que la portion laissée libre par la veuve.

(1) *Op. cit.*, t. XXIII, p. 409.

(2) Notamment D. 1880, 1, 428.

Le 25 février 1891, la Cour de Nancy réforma la sentence du tribunal de Toul, qui avait admis la prétention des réservataires à l'encontre du légataire : l'arrêt, fortement motivé et judicieusement libellé, se refuse à imputer sur la quotité disponible du tiers l'avantage matrimonial ; le montant n'en étant pas entamé, elle reste entièrement libre pour l'exécution des autres libéralités véritables. Parmi les attendus, retenons les suivants, particulièrement intéressants : « Attendu que la disposition de ces articles (1496 et 1527), qui permet aux enfants du premier lit d'obtenir, par voie de retranchement, la réduction de l'avantage procuré par leur auteur à son nouveau conjoint, si cet avantage excède celui que l'article 1098 autorise, *n'implique pas forcément la preuve que le législateur ait voulu assimiler un tel avantage à une donation...* Attendu qu'il ne faut voir, dans le renvoi que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098, qu'un mot employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens et non une transformation quelconque de la nature même du titre de cet époux... ».

Si nous voulons analyser cet arrêt, nous constatons que la Cour invoque à l'appui de sa thèse quelque peu paradoxale diverses catégories d'arguments. Elle se base d'abord sur une raison *littérale* : elle constate que le législateur « a intentionnellement évité l'emploi des expressions de « *libéralité, donation et réduction* » dans la rédaction des articles 1496 et 1527, ce qui ne permet pas non plus l'équivoque sur le sens et la portée à donner au texte de ces articles ». De plus, si les articles 1496 et 1527 attribuaient réellement le caractère gratuit aux avantages matrimoniaux dérivant de la communauté, ils seraient déroatoires au droit commun, qui n'y voit que des conventions de mariage : pour apporter une exception à

un tel principe, il faudrait un texte autrement explicite que les deux articles en cause. On ne comprendrait d'ailleurs pas qu'une disposition « pût changer de caractère suivant que l'un des époux aurait des enfants d'un premier lit ou qu'il n'en existerait pas, ou suivant que le prémourant serait cet époux ou son conjoint ». Et la Cour de Nancy pense faire prévaloir son système en poussant jusqu'au bout les conséquences logiques de la théorie courante. « S'il en était autrement, il faudrait alors appliquer aux avantages résultant pour les seconds conjoints de la nature même du régime de la communauté légale, toutes les règles qui régissent les donations entre époux et décider notamment qu'au cas de divorce, ils seront atteints par la déchéance de l'article 299, qu'ils seront révoqués pour cause d'ingratitude ou encore qu'ils sont affranchis de toute obligation aux dettes, ce qui cependant n'est jamais venu et ne saurait jamais venir à l'idée de personne ».

L'arrêt est donc très net : même au cas de secondes noces, les avantages matrimoniaux sont toujours considérés comme des conventions à titre onéreux ; si le Code a cherché à en limiter le montant, il ne les a pas rendus imputables sur le disponible de l'article 1098, car l'action en retranchement n'a rien de commun avec l'action en réduction, qui suppose une véritable libéralité ; en un mot, les articles 1496 et 1527 déterminent uniquement la *mesure* des conventions matrimoniales, sans en modifier la *nature* essentiellement onéreuse.

On comprend sans peine la perturbation jetée dans une doctrine traditionnelle et une jurisprudence constante par une décision aussi dissidente : deux annotateurs de l'arrêt, M. Bourcart (1) et M. Planiol (2) furent les interprètes de

(1) Note sous S. 1892, 2, 65.

(2) Note sous D. 1891, 2, 353.

l'unanime protestation et se chargèrent de réfuter magistralement des attendus aussi nouveaux.

Nous nous associons pleinement à leurs critiques, mais nous tenons à faire dès maintenant une observation, que nous développerons au cours de cette thèse, car elle en est la base fondamentale. Nous éprouvons une certaine hésitation à admettre le point de départ de MM. Bourcart et Planiol : leur argumentation procède d'un principe qu'ils considèrent comme dogme intangible, alors que nous le trouvons pour le moins discutable. Selon eux, tous les avantages matrimoniaux constituent intrinsèquement des libéralités indirectes ou détournées ; si le Code leur a reconnu, au cas de mariage unique, le caractère onéreux, c'est par une sorte de fiction légale, arbitraire, et partant exceptionnelle ; les motifs de cette décision légale ne se retrouvant pas dans l'hypothèse de secondes noces, il y a lieu de revenir au principe initial et de laisser aux bénéfiques matrimoniaux leur nature essentiellement gratuite. Quant à nous, contentons-nous pour le moment de poser une règle contraire : les avantages matrimoniaux diffèrent juridiquement des donations ordinaires ; ils sont et demeurent normalement des conventions de mariage, à moins qu'un texte formel et dérogoratoire ne vienne, par une véritable création, les dénaturer, pour des besoins particuliers et seulement dans les limites de ces besoins. Nous prenons donc une position diamétralement opposée à celle des auteurs, puisque nous faisons de leur principe une exception ; il est vrai d'ailleurs que nous arrivons à des résultats souvent identiques, mais par des moyens inverses qui paraissent conformes à la nature des choses.

Mais laissons de côté l'exposé d'un tel système (qui donnera lieu à de longues discussions ultérieures) pour revenir à la critique de l'arrêt de Nancy.

Passons rapidement sur l'argument littéral invoqué par la Cour : si le Code emploie les expressions *avantages* et *action en retranchement*, dans les articles 1496 et 1527, et non pas celles de droit commun *libéralités*, *donations*, *réductions*, ce n'est pas dans l'intention d'opposer deux situations et de différencier deux opérations. Il a simplement voulu se conformer à la tradition historique, qui a toujours assimilé, en présence d'enfants d'un premier lit, les avantages matrimoniaux aux dispositions gratuites. L'action en retranchement de l'article 1496 n'est pas une action spéciale, mais l'action en réduction ordinaire, que la loi désigne d'un nom original emprunté au langage des anciens auteurs : Pothier étendait l'application de l'Edit des secondes noces à la communauté, en se servant indistinctement des termes *réduction* ou *retranchement* (1).

D'ailleurs le renvoi des articles 1496 et 1527 à l'article 1098 ne saurait laisser aucun doute sur la volonté du législateur : il entend assurer une protection complète et efficace des enfants d'union précédente, et l'article 1098 resterait lettre morte si les époux pouvaient impunément se consentir des avantages sous le voile de conventions matrimoniales.

La quotité spéciale, fixée par ce texte, ne peut pas être dépassée par des moyens directs, ni indirects, sous peine de faire tomber la disposition sous le coup de l'action en réduction, qui en est la sanction. Comme le dit fort judicieusement M. Planiol : « Nous sommes habitués à lier les deux idées de réduction pour atteinte à la réserve et d'imputation sur la quotité disponible. Tout ce qui est réductible nous apparaît comme imputable sur cette portion et réciproquement. Cette réduction et cette imputation sont deux conséquences qui ont

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n^{os} 567, 568, 572, etc.

pour raison commune le caractère de libéralité reconnu à l'acte réductible ».

L'arrêt de Nancy, pour refuser l'imputation des avantages matrimoniaux sur le disponible de l'article 1098, est forcé de contester l'*assimilation* de ces opérations à des libéralités ; il se met ainsi en contradiction avec la tradition, l'esprit du Code, une doctrine et une jurisprudence (1) nettement établies. Il admet que le législateur a seulement voulu fixer une limite aux conventions de mariage en présence d'enfants d'un premier lit, mais il est impuissant à fonder sur un motif sérieux semblable mesure imposée à des actes non gratuits. Comme le fait remarquer M. Bourcart (2) : « En dehors de l'espèce toute spéciale de l'article 484, § 2 (actes passés par un mineur émancipé) trouve-t-on une seule décision mentionnant la réduction à propos d'actes à titre onéreux » ?.

Nous devons donc reconnaître qu'au cas de secondes noces, le Code considère les avantages matrimoniaux comme des libéralités. Il nous apparaît de plus que les articles 1496 et 1527 ont une allure exceptionnelle (nous en trouvons la preuve dans les mots du début « *toutefois, néanmoins* ») et comme tels, ils sont d'interprétation restrictive. La dérogation qu'ils consacrent s'explique par l'intérêt exclusif des enfants d'une précédente union, et les conséquences de la gratuité ainsi conférée à des conventions normalement onéreuses doivent s'adapter et se limiter au but cherché.

Cette considération nous permet de répondre facilement aux deux principales critiques de la Cour de Nancy : celle-ci s'étonne d'abord de voir dénaturer pour les besoins d'une cause une opération juridique déterminée, et elle nous reproche

(1) Entre autres arrêts, S. 1855, 1, 513 ; S. 1880, 2, 315 ; S. 1881, 1, 70.

(2) Note précitée, p. 69.

de ne pas pousser l'assimilation des avantages matrimoniaux à des libéralités jusqu'à l'identification absolue.

Mais nous ferons remarquer que la loi est souveraine et la protection des enfants d'un premier lit indispensable : le Code a pu légitimement créer un système original par une disposition exorbitante et arbitraire, répondant exactement aux exigences présentes ; de plus, il a sagement agi en édictant cette réglementation spéciale aux deux seuls points de vue qui la comportaient. Il convenait en effet de reconnaître la gratuité des stipulations matrimoniales uniquement en face d'*enfants d'une autre union* se portant utilement héritiers et de bénéfices révélés excessifs par une *imputation* préalable sur le disponible de l'article 1098.

Par ailleurs, vis-à-vis de tous autres intéressés ou sous tous autres aspects, le droit commun garde son empire : le nouveau conjoint, gratifié par le régime, conserve sa qualité de commun en biens, enrichi comme tel et non comme donataire ; son acquisition perd ou plutôt ne prend pas la nature gratuite, et elle ne saurait, en l'absence de texte formel, être soumise aveuglément à toutes les règles des libéralités entre époux. Le danger inhérent aux secondes noces est suffisamment écarté par la fixation d'un chiffre, considéré comme montant maximum des avantages matrimoniaux, à condition que l'imputation sur la quotité spéciale de l'article 1098 en soit la sanction efficace. Mais il n'est ni nécessaire ni utile, comme nous le demande la Cour de Nancy, dans un souci d'extrême logique, de transformer les conventions de mariage en libéralités, quant à la déchéance au cas de divorce et à la révocation pour ingratitude : ces deux côtés de la question ne visent que les rapports entre conjoints et ne mettent pas en cause la situation des enfants.

Enfin l'arrêt de 1891 conduit à des conséquences inadmissibles indiquées par M. Planiol : dans l'espèce en litige, le

nouvel époux n'avait pas été avantagé au delà du chiffre fixé par l'article 1098 ; au contraire une grande partie du disponible était attribuée à des étrangers. Mais si nous imaginons l'absence de libéralité à des tiers, le conjoint, selon la Cour, doit pouvoir prendre une première part d'enfant en tant que commun en biens et une seconde en tant que bénéficiaire d'une libéralité véritable, puisque la quotité disponible est restée libre en sa faveur. Il pourra donc cumuler les deux émoluments, l'un comme avantage matrimonial, l'autre comme acquisition gratuite, celle-ci s'imputant seule sur le disponible. De telles conséquences violent manifestement l'esprit et la lettre de la loi.

Nous repoussons donc cette décision judiciaire dissidente, impossible à justifier. Elle devait d'ailleurs rester impuissante à bouleverser le système traditionnel, car, quelques mois plus tard, la Cour de Bourges affirmait (1) : « Sous la communauté légale, l'avantage, qui résulte de l'inégalité des apports, constitue au regard des enfants du premier lit une véritable libéralité. En conséquence, après l'exercice de l'action en retranchement par ceux-ci, l'avantage qui résulte de l'inégalité des apports doit être *imputé sur la quotité disponible* ».

L'imputation des avantages matrimoniaux sur le disponible de l'article 1098 est donc la seule raison d'être des articles 1496 et 1527. Tout en nous inclinant devant ce principe, nous reconnaissons qu'il présente un grave inconvénient : le *de cujus* ne se rend pas compte que ce mode de calcul va absorber la plus grande partie de sa quotité disponible et, dans cette ignorance, il a pu l'attribuer en totalité à des étrangers. Comme ces libéralités sont fatalement postérieures en date aux conventions de mariage, elles vont devenir inefficaces dans la

(1) S. 1892, 2, 67 ; S. 1892, 2, 164 ; S. 1899, 2, 241.

mesure où le second conjoint aura tiré bénéfice du régime adopté : l'intention du disposant sera trompée. Un tel résultat est inévitable en présence des textes formels que nous avons analysés (1).

SECTION IV. — Conclusion

Nous avons ainsi étudié les différentes solutions positives de notre Code en matière d'avantages matrimoniaux. La rareté, le laconisme et l'imprécision des textes ont donné lieu à des difficultés d'application que nous avons cherché à résoudre à la lumière des traditions historiques et des principes juridiques modernes.

Ce court examen critique nous a permis de faire une triple constatation, que nous pouvons résumer sous les formules suivantes :

1^o Les principaux avantages matrimoniaux se présentent sous un caractère onéreux (préciput : article 1516; attribution des acquêts : article 1525).

2^o Mais tous les bénéfices résultant de la communauté sont *considérés* comme des libéralités, imputables sur le disponible de l'article 1098, quand le conjoint de l'époux gratifié laisse des enfants d'une précédente union.

3^o Cependant, même dans cette hypothèse de secondes noces, l'enrichissement provenant d'une simple communication des revenus n'a pas une nature gratuite.

Ces trois propositions (principe, exception avec dérogation qui est un véritable retour au principe) donnent une idée très nette du problème général des avantages matrimoniaux, et

(1) Nous ne reviendrons plus sur cette hypothèse de secondes noces, en raison de la faible place qu'y tient aujourd'hui la controverse. Voir d'ailleurs notre note, p. 49.

constituent les assises fondamentales du système que nous essaierons d'échafauder au cours de cette thèse. Grâce aux éléments d'interprétation ainsi dégagés de notre Code, nous allons chercher à déterminer la nature juridique des nombreux avantages sur lesquels la loi est muette ; dans ce but, nous allons au préalable nous livrer à l'étude de la doctrine et de la jurisprudence.

CHAPITRE IV

ÉTAT DE LA DOCTRINE

En posant le principe de la liberté presque absolue des conventions de mariage, l'article 1387 du Code civil laisse aux époux la faculté de stipuler un régime de leur choix. Mais si, théoriquement, les clauses matrimoniales peuvent varier à l'infini, la réalité nous montre que les formules les plus usitées se ramènent à certains types nettement définis par le Code lui-même. Notre tâche se trouve donc simplifiée puisqu'il nous suffit d'examiner les seuls avantages matrimoniaux dont la pratique notariale nous offre un fréquent exemple.

Si nous envisageons les quatre grandes variétés de régimes adoptées par le législateur de 1804, nous nous rendons compte qu'elles comportent toutes des bénéfices possibles entre époux. Mais alors que les communautés légale et conventionnelle établissent une communication entre les capitaux respectifs des conjoints, les autres chartes matrimoniales n'aboutissent qu'à une association de revenus, susceptible d'entraîner des avantages moindres et d'une nature bien déterminée.

Pour dégager la discussion, nous allons commencer de traiter la question des avantages matrimoniaux sous les régimes autres que la communauté : cette étude sera courte en raison de sa simplicité.

Nous constatons en effet que ces dernières hypothèses rentrent dans les prévisions mêmes de l'article 1527, dont

l'alinéa 3 nous fournit un argument *a fortiori* : « Les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un premier lit ».

Pourquoi ne pas appliquer cette règle à tous les régimes qui permettent des enrichissements exclusivement en *revenus* ? Et l'on remarque que l'article 1527, alinéa 3, vise une situation exceptionnelle — celle de secondes noces — où le législateur se montre plein de rigueur pour les libéralités entre époux ! Par suite, on n'hésitera pas à étendre cette solution aux cas, plus fréquents en pratique, de mariage unique, puisque les rédacteurs du Code n'ont plus aucune raison de s'y départir de leur esprit favorable aux avantages matrimoniaux.

On doit donc toujours se désintéresser de ces bénéfices en revenus. Cette conséquence a paru nécessaire pour les motifs déjà indiqués lors du commentaire de l'article 1527 (1). Comme le dit M. Troplong (2) : « En pareille matière, il est difficile d'arriver à une balance exacte et rigoureuse. Le mari a travaillé beaucoup, par exemple, mais la femme ne l'a-t-elle pas secondé dans les soins du ménage, dans l'éducation des enfants, dans l'économie de la maison ? Chacun a eu son mérite ; chacun a eu sa part d'efforts ; il s'opère une compensation équitable ». Sans doute, ces combinaisons enrichiront-elles de préférence le mari : dans le régime de *non communauté* par exemple, où il a l'administration et l'usufruit de tous les biens de sa femme, il gardera par devers lui toutes les économies qu'il réalisera, après avoir réglé les dépenses du foyer ; avec la *séparation de biens*, conventionnelle ou judiciaire,

(1) Cf. *Supra*, p. 62.

(2) Cf. *Contrat de mariage*, III, n° 2215.

il profitera d'une contribution excessive de la femme aux charges du ménage ; il en sera de même au cas de l'article 1539, s'il jouit en fait des biens de son épouse, puisqu'il ne sera comptable que des fruits non consommés ; sous le régime *dotal* enfin, il pourra tirer bénéfice d'une jouissance qui, loin d'être limitée aux biens dotaux, s'étend souvent en pratique aux paraphernaux (art. 1517). Le législateur a considéré que tous ces avantages, quelque considérables qu'ils soient, ne sont pas acquis à titre gratuit : ils sont la récompense d'une sage gestion, le salaire et l'encouragement dus à un bon administrateur. S'il fallait d'ailleurs demander compte au mari de l'emploi de ces revenus, on arriverait à un contrôle non seulement difficile, mais vexatoire. En outre, la femme pourra, elle aussi, profiter des revenus de son conjoint : il suffira qu'elle apporte une dot insignifiante ou inférieure à celle du mari, qui sera seul ou presque à pourvoir à l'entretien du ménage. L'épouse, dans ce cas, compensera peut-être sa maigre contribution au budget familial par ses qualités de maîtresse de maison, par son ordre ou son économie, son activité ou son industrie, sa collaboration réelle ou discrète.

Toutes ces considérations nous montrent que les avantages matrimoniaux n'avaient pas besoin d'être spécialement réglementés par le Code, sous les régimes autres que la communauté : comme ils ne peuvent consister qu'en revenus, ils gardent toujours le caractère onéreux, par interprétation de la volonté du législateur (cf. la fin de l'article 1527). Mais on aurait tort d'invoquer un argument tiré de leur nature même, comme l'a fait M. Degaigne (1). « D'ailleurs, les avantages de cette sorte (en revenus) ne nous intéressent pas, car les

(1) M. Degaigne, *De la nature juridique des avantages entre époux*, thèse, Paris, 1898.

héritiers ne sont nullement protégés contre les donations de revenus, échéant durant la vie de leur auteur notamment ; ces donations ne sont pas soumises au rapport. Le même régime doit être appliqué et pour les mêmes raisons aux avantages ayant les revenus pour objet ». Nous ne nous rallions pas à cette idée ; pour savoir s'il y a donation, on doit considérer la nature de la convention et non l'origine des ressources sur lesquelles elle porte : tel est l'avis de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, qui admettent par exemple la réduction et le rapport de libéralités faites sur des revenus (1).

Les auteurs sont donc d'un accord unanime pour refuser le caractère gratuit aux avantages matrimoniaux sous tous les régimes de séparation d'intérêts.

Mais la situation change si nous passons à la *communauté légale* ou conventionnelle, car nous rencontrons surtout des enrichissements en *capitaux*.

Ecartons d'abord, comme modalité, la *communauté réduite aux acquêts* : elle ne devrait soulever aucune difficulté, car elle rentre, au fond, dans les hypothèses que nous venons d'étudier. Comme la masse commune ne comprend que les fruits des propres, les produits du travail ou de l'industrie des époux, et les acquêts réalisés avec les économies ainsi faites pendant le mariage, les avantages ne peuvent, ici encore, consister qu'en *revenus* et, comme tels, ils ne doivent pas être traités en libéralités ! Tout le monde l'admet, mais nous savons qu'au cas d'enfants d'un premier mariage (art. 1527, al. 3), on subordonne généralement le caractère onéreux de cette société d'acquêts à la condition essentielle d'un partage par moitié. Nous avons exposé tout au long ce système, dans le

(1) Entre autres arrêts, D. 1882, 2, 49 ; D. 1882, 1, 313 ; S. 1900, 2, 1 (note Wahl) ; S. 1902, 1, 185. — Les derniers arrêts, en matière d'assurances sur la vie, sont moins affirmatifs, S. 1909, 1, 5 ; S. 1910, 1, 541.

chapitre relatif aux avantages entre époux remariés et nous nous contentons de rappeler que nous nous sommes ralliés à la théorie opposée : il nous a paru conforme à l'économie du Code et au texte général de l'article 1527 *in fine* de reconnaître toujours le caractère onéreux des avantages en revenus, quel qu'en soit le chiffre. Il nous suffit d'ajouter que cette affirmation n'a jamais paru douteuse en présence d'un mariage unique.

La question étant ainsi circonscrite, abordons maintenant le véritable problème de la nature juridique des avantages matrimoniaux résultant de l'adoption de la communauté. Il nous faut formuler un principe de solution, cadrant avec l'esprit du législateur dégagé de textes rares et vagues à la lumière de la tradition.

Nous ne saurions nier la difficulté de la tâche. Alors que nos anciens auteurs étaient à peu près unanimes à traiter les avantages matrimoniaux en conventions de mariage, avec une réserve aux cas de bénéfices excessifs ou de secondes noces, les rédacteurs du Code se sont contentés de reconnaître le caractère onéreux de deux clauses habituelles (art. 1516 et 1525) ; ils ont passé les autres sous silence, sauf en présence d'enfants d'un premier lit, où les articles 1496 et 1527 les regardent toutes comme donations. En bonne logique, on peut s'étonner de cette dualité, car enfin, de deux choses l'une : ou les avantages sont au fond de nature gratuite et on ne comprend pas l'allure exceptionnelle de l'article 1527, puisqu'il ne fait que confirmer une situation normale, ou bien ils constituent des conventions ordinaires de mariage et les articles 1516 et 1525 deviennent superflus. L'imprécision vient de ce que le législateur a négligé d'indiquer expressément où était le principe, conforme à la réalité des choses, et où était l'exception, motivée par des raisons particulières. Devant

l'incertitude et l'obscurité d'une telle méthode, l'interprétation devait se donner libre cours et la doctrine en cette matière n'a pas manqué d'échafauder différents systèmes que nous allons passer en revue.

SECTION PREMIÈRE. — Doctrine courante

A. — *Caractères généraux*

Si l'on traite d'habitude les conventions matrimoniales en actes à titre onéreux, il ne faut voir dans cette pratique que l'effet d'une apparence trompeuse, d'une création artificielle, en un mot : d'une *fiction légale*. A considérer la nature intrinsèque de ces avantages, on constate qu'ils se présentent en effet dans leur résultat, sinon dans l'intention qui a présidé à leur stipulation, comme des dispositions purement gratuites, consenties sans prestation équivalente. Sans doute diverses clauses peuvent-elles se compenser respectivement, mais l'égalité parfaite semble incompatible avec la communauté ; il arrive fatalement qu'un conjoint jouit, pendant le régime, de certains bénéfices, ou acquiert, à la liquidation, certaines valeurs dont il n'a pas fourni la contre-partie. On ne peut dire dans ces hypothèses que l'on est en présence de donations véritables, mais bien de libéralités indirectes, réalisées par le jeu d'un mécanisme compliqué : la communauté ; souvent même, ces avantages n'ont pas été voulus par les parties, qui ont négligé de faire un contrat de mariage sans se rendre compte des conséquences de l'adoption du régime légal ; d'autres fois, les époux chercheront précisément à corriger l'inégalité choquante résultant de ce dernier, par la stipulation de clauses appropriées, rétablissant l'équilibre des deux patrimoines ; parfois enfin, le régime matrimonial aura pour but

de tourner une réglementation étroite du Code et de faire passer pour avantages des libéralités déguisées.

Dans le silence des textes, les interprètes n'auraient pu se dérober aux conséquences logiques des principes ; force aurait été d'appliquer dans tous les cas d'avantages matrimoniaux les diverses règles de fond qui gouvernent les donations entre époux ; l'article 1099 lui-même aurait dû jouer pleinement, jusque dans sa disposition brutale qui annule les libéralités déguisées (1).

De tels résultats sont apparus au législateur excessifs et inutiles le plus souvent ; il a cru pouvoir et devoir se départir de la rigueur traditionnelle avec laquelle il traitait les donations entre époux, pour *considérer* certains avantages matrimoniaux comme conventions ordinaires de mariage. S'il leur a attribué un caractère non conforme à la nature des choses, par une disposition arbitraire et factice, c'est que cette *fiction* légale lui a semblé non seulement peu dangereuse, mais nécessaire. Et les auteurs se sont mis en campagne pour découvrir les motifs de cette décision de la loi : les principaux intéressés à la reconnaissance du caractère gratuit — disent-ils — sont les héritiers à réserve, qui pourraient faire réduire les avantages matrimoniaux exagérés ; mais (2) : « régulièrement, ce sont les enfants. Ceci est un point essentiel ; les futurs époux attendent, ils désirent des enfants, et, s'ils en ont, qu'importent la fortune inégale des père et mère et l'avantage que l'un d'eux retirera de la communauté ? Ce que les enfants trouvent de moins dans la succession d'un de leurs parents, ils le retrouvent dans la succession de l'autre. Il en résulte que les époux n'ont pas et ne peuvent guère avoir l'intention de

(1) Notre note sous la p. 201.

(2) Laurent, *op. cit.*, t. XXIII, n° 403.

faire des libéralités sous forme de conventions matrimoniales. Qu'importe que l'un en retire un avantage, si, en définitive, cet avantage profitera aux enfants? Il n'y a donc pas volonté de donner, car, en fait, il n'y a qu'un avantage viager pour l'époux qui retire de la communauté plus qu'il n'y a mis ». Cette fiction est donc sans inconvénients puisque (1) « si la mise en communauté produit une déviation dans la transmission naturelle des biens, ce fait ne lèse pas les héritiers qui seuls auraient le droit de se plaindre ».

Elle est de plus très utile, en raison de la nature même de la communauté. Ce n'est pas une société ordinaire, qui suppose une proportion exacte entre les mises et les bénéfices de chacun, mais plutôt une association d'existences, à laquelle préside plus l'affection que l'intérêt. Un époux compense souvent l'infériorité de son patrimoine par des aptitudes ou des qualités morales appréciables. « Le (2) mari a une grande fortune ou il exerce une industrie qui lui donne des revenus considérables ; cette fortune se consolidera ou se perdra selon que la femme a ou n'a point la vertu de l'économie. Il y a donc des considérations morales qui influent sur la situation pécuniaire des époux ; il y en a d'autres qui influent sur le bonheur de la famille. C'est dire qu'il est impossible d'équilibrer les mises, comme le font des associés qui s'unissent uniquement dans un intérêt de spéculation ».

On a aussi proposé d'autres arguments pour ne pas identifier les avantages matrimoniaux et les donations : on s'est plu à faire remarquer que, par suite de la mobilité et de la fluctuation des fortunes, l'inégalité primitive peut s'atténuer ou disparaître au cours du régime, grâce à des successions ou autres

(1) Planiol, note sous D. 1891, 2, 353.

(2) Laurent, *op. cit.*, n° 403.

acquisitions advenues à l'époux le plus pauvre. Enfin, comme la communauté légale peut entraîner des iniquités, il convenait de laisser aux parties le choix de modalités appropriées aux circonstances, et il serait illogique d'y voir des libéralités, alors qu'elles visent à l'effet contraire.

Pour toutes ces raisons pratiques et par faveur pour le mariage, la majorité de la doctrine s'est refusée à traiter les conventions matrimoniales comme de pures dispositions gratuites ; bien qu'elles présentent les caractères intrinsèques des donations, il a paru bon de les soumettre à un régime exceptionnel, de les considérer *fictivement* comme des actes à titre onéreux et entre associés.

Inspirés de ces idées, les auteurs se sont efforcés de trouver dans les textes la confirmation de leur manière de voir. Ils s'appuient sur la rédaction des articles 1516 et 1525 alinéa 2, et constatent que les expressions employées supposent la fiction, par analogie avec la lettre de l'article 883 (effet déclaratif du partage). D'après l'article 1516 « le préciput *n'est point regardé* comme un avantage sujet aux formalités des donations », et, selon l'article 1525, la clause d'attribution totale de la communauté sans les apports « *n'est point réputée* un avantage sujet aux règles relatives aux donations ». On ajoute que le Code a évité de dire « ces avantages *ne sont pas* des donations » et on remplace la formule par une variante plus expressive « ils *sont réputés n'être pas* des avantages à titre gratuit ».

Ce raisonnement se retrouve dans la plupart des ouvrages, car l'explication par la fiction légale s'accrédite de plus en plus (1).

(1) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1662, p. 202-203 ; Guillouard, *ibid.*, t. III, n° 1429, p. 325 ; Laurent, *op. cit.*,

Si l'accord est presque parfait entre les auteurs sur le principe, il n'en est pas de même pour les applications de cette fiction, qu'il leur plaît d'imputer au législateur de 1804. Il semblerait, en saine raison, qu'une telle disposition arbitraire, partant exceptionnelle, doive être de droit étroit et d'interprétation restrictive ; mais cette grande vérité juridique allait recevoir maintes atteintes en notre matière. Les articles du Code, trop rares, ne répondant pas à tous les besoins de la pratique, la doctrine se mit à les étendre en s'appuyant sur des considérations générales et en abusant des arguments *par analogie* et *a fortiori*.

Suivant la majorité des auteurs, la plupart des avantages matrimoniaux, résultant de la communauté légale ou des modalités de la communauté conventionnelle, sont *considérés comme* des conventions de mariage ordinaires. Rentrent dans cette catégorie les bénéfices provenant de la confusion du mobilier et des dettes, les stipulations modifiant la composition active et passive de la masse commune (réalisation du mobilier et séparation de dettes, ameublement et communauté universelle) et les dérogations à l'égalité du partage (art. 1520 à 1525).

Si la doctrine a ainsi généralisé le caractère onéreux attribué aux deux seuls avantages prévus par les articles 1516 et 1525, c'est qu'elle s'y trouvait poussée par identité de motifs : toutes ces clauses, qui paraissent *a priori* constituer des bénéfices gratuits, peuvent se justifier par le légitime désir des conjoints de participer également à l'enrichissement de la communauté par une contribution pécuniaire ou morale.

t. XXIII, n° 403 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3^e édit., n° 1451 ; M. Bourcart, note sous Sirey, 92, 2, 65 ; Planiol, note sous Dalloz, 91, 2, 353.

D'ailleurs, ici encore, à supposer même que l'équilibre entre les multiples apports de chaque époux soit rompu, les principaux intéressés — les enfants communs — n'en pâtissent aucunement, grâce à leur double vocation héréditaire. Les auteurs pensent donc, par faveur spéciale pour le mariage et en raison de l'originalité de la communauté, pouvoir étendre à tous les avantages matrimoniaux des dispositions libérales posées trop parcimonieusement par le Code.

On ajoute que cette interprétation large est facilitée par le caractère exorbitant des clauses prévues par les articles 1516 et 1525 : le préciput, autorisant un prélèvement avant partage, est susceptible de conférer un bénéfice important, en l'absence de limitation posée par le Code ; quant à l'attribution totale de communauté, elle peut aboutir à des excès, malgré la réserve de l'article 1525. S'il a plu au législateur de repousser la nature gratuite de ces deux avantages, les juristes sont autorisés à agir de même vis-à-vis de conventions moins graves de conséquences !

Est-ce à dire que les époux vont avoir la faculté de modifier à leur guise le régime de droit commun, au point que cette liberté leur permette de s'enrichir impunément par telle stipulation qu'il leur plaira d'insérer au contrat ?

Les auteurs n'ont pu admettre cette extension indéfinie de la fiction légale, car les exceptions auraient fini par déborder le principe et l'annihiler complètement. Ils ont dû distinguer, plus ou moins arbitrairement, entre les différentes clauses du contrat de mariage et ne reconnaître le caractère onéreux qu'à celles qui leur paraissaient les moins dangereuses. Aussi allons-nous examiner en détail les diverses modalités susceptibles d'entraîner des enrichissements entre époux, pour relever les commentaires variés reçus par chacune d'elles en doctrine.

B. — *Principaux avantages matrimoniaux*

a) Communauté légale

Une tradition constante, léguée par notre ancien droit, s'est toujours refusée à voir une libéralité dans les bénéfices qu'elle peut engendrer pour un époux. Si le législateur a jugé bon de poser la communauté comme régime de droit commun, s'il en a déterminé souverainement le fonctionnement, s'il a fixé la composition et le partage de la masse, c'est en pleine connaissance de cause qu'il a statué : il a compris les intérêts et les dangers de cette institution et il n'a pas hésité à sacrifier quelques craintes à des habitudes séculières et à des nécessités pratiques. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher aux époux de profiter des conséquences d'un régime qu'on leur a imposé d'office, parce qu'ils n'ont pas su ou pu faire un contrat de mariage valable.

Quelle que soit l'importance des avantages qu'elle détermine, par suite du développement actuel de la fortune mobilière, la communauté légale garde toujours incontestablement le caractère onéreux : aucun auteur n'a jamais cherché sérieusement à soutenir le contraire.

b) Communauté conventionnelle

Le législateur, impuissant à prévoir et à régler toutes les clauses possibles, s'est contenté de formuler le principe de la liberté des conventions matrimoniales et de proposer à l'adoption des contractants les stipulations suivantes les plus usuelles.

§ 1^{er}. — *Réalisation. Séparation de dettes*

L'article 1500 permet aux époux d'exclure de la communauté le mobilier présent en entier et le mobilier futur acquis

à titre gratuit : la clause peut être partielle ou totale, unilatérale ou réciproque, directe ou indirecte ; mais, quelle que soit sa modalité, elle est généralement considérée comme convention de mariage. Elle a d'ailleurs le plus souvent pour effet d'établir entre les patrimoines des deux conjoints un certain équilibre : l'époux, dont la fortune mobilière est plus importante, cherche à s'en réserver une partie propre ; celui qui escompte des fortunes mobilières agit de même. Mais la disposition conserverait le même caractère si elle avait pour but d'avantager un conjoint, en aggravant l'inégalité des apports : le juge n'a pas à scruter l'intention des parties ni à contrôler les motifs de leurs décisions.

Il ne faut pas oublier que la réalisation du mobilier a une répercussion sur le passif commun, et entraîne, par voie de conséquence, une séparation de dettes. Celle-ci peut d'ailleurs être stipulée expressément ; en tout cas, on refuse à l'avantage qui en résulte une nature gratuite, même quand un seul époux laisse tomber toutes ses dettes en communauté.

Si ces différentes clauses n'ont jamais soulevé de difficultés en doctrine, c'est en raison de leur caractère même : comme elles ont pour but de restreindre l'étendue de la masse commune, elles diminuent par là les chances d'enrichissement entre époux ; la fusion des patrimoines devient beaucoup moins intime, au point qu'à la limite extrême, ces conventions, généralisées, deviennent une simple société d'acquêts, où la question des avantages matrimoniaux ne doit pas se poser.

La situation est absolument inverse dans les stipulations extensives de la communauté normale.

§ 2. — *Ameublement*

L'ameublement est la contre-partie de la réalisation. Comme toutes les modifications au régime légal, cette clause

servait originellement à égaliser les apports respectifs des conjoints ; puis elle a pu être détournée de sa destination pour devenir un moyen d'avantager un conjoint aux dépens de l'autre, plus riche en immeubles. Nous avons vu que Pothier s'était montré perplexe pour déterminer la nature de l'ameublement et qu'il avait fini par se rallier à l'opinion courante, qui en faisait une simple convention de mariage. Aujourd'hui, où cette stipulation est devenue fort rare, la majorité de la doctrine est restée fidèle à la tradition. Bien que les textes du Code jettent une grande obscurité sur les diverses variétés d'ameublement, on reconnaît aux parties toute liberté de choix. Quels que soient l'étendue de l'ameublement et le but des conjoints, il n'y a jamais libéralité. « Cette solution ressort, en premier lieu, du caractère aléatoire que présentent des conventions matrimoniales de ce genre, car la nature et l'importance de la fortune de chacun des époux peuvent toujours se trouver modifiées par les libéralités qu'ils reçoivent ou par les successions qu'ils recueillent au cours du mariage. Elle est, en second lieu, consacrée par l'article 1527 qui, à propos de toutes les clauses modificatives de la communauté légale, pose en principe qu'elles sont valables et qu'elles ont le caractère de conventions de mariage » (1). — « L'ameublement, même déterminé, ne constitue pas par lui-même une libéralité soit quant à la forme, soit quant au fond » (2). — « Mais cet avantage n'est pas considéré comme une libéralité, de même que les mises inégales des époux, sous le régime de la communauté légale, ne sont pas des libéralités réductibles » (3).

Tous les autres auteurs se contentent, pour justifier leur

(1) Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. III, p. 423.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, p. 475.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXIII, n° 254. Et toutes les références : Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, § 1377 en note.

solution, d'invoquer un argument de texte : l'ameublissement, figurant dans le Code au milieu de conventions sûrement onéreuses, doit avoir le même caractère.

§ 3. — *Communauté universelle*

Si nous supposons un ameublissement en propriété, général et réciproque, nous sommes en présence de la communauté universelle, prévue par l'article 1526. Les époux se borneront souvent à mettre en commun leurs biens présents ou leurs biens à venir, mais ils peuvent aussi assurer une confusion complète de leurs deux patrimoines, en n'excluant aucun objet de la communauté. Une telle disposition constitue fatalement un avantage pour l'un des conjoints, car on ne peut admettre des apports respectifs mathématiquement équivalents. Cependant, malgré l'étendue du fonds commun, le contrat de mariage ne contient pas une libéralité : les auteurs hésitent d'autant moins à donner cette solution favorable que la communauté universelle est devenue le régime légal de certains pays étrangers (Pays-Bas, Suède, Danemark) et qu'elle fut proposée comme telle en France par Béranger, lors de la discussion du projet de Code civil au Conseil d'Etat.

MM. Aubry et Rau déclarent que cette clause « ne constitue pas, de sa nature, une donation » (1). — Guillouard, comme dans l'hypothèse précédente, base son opinion « sur le caractère toujours aléatoire de la stipulation : l'époux qui n'a rien aujourd'hui peut recueillir demain une donation ou une succession opulente » (2). — Laurent voit dans cette pratique une manière d'égaliser les apports : « La seule différence qui existe entre la communauté légale et la communauté universelle

(1) *Op. cit.*, § 525.

(2) *Op. cit.*, § 1645.

est que celle-ci comprend tout ou partie de la fortune immobilière des époux, tandis que l'autre ne comprend que leur fortune mobilière : cela ne change rien à la situation des époux, sauf que tous leurs biens entrent dans la masse partageable. Loin de constituer un avantage pour un d'eux, ce sera souvent le moyen de rétablir l'égalité entre eux. Les deux époux ont à peu près la même fortune, mais celle de l'un est mobilière et celle de l'autre immobilière. S'ils se marient sous la communauté légale, il en résultera un avantage évident pour celui qui n'a que des immeubles. Cet avantage cessera si tous les biens des deux époux sont mis en commun » (1).

Cependant, si la stipulation d'une communauté universelle n'implique pas en principe d'intention libérale, les auteurs sont obligés d'admettre une restriction quand un conjoint a voulu consentir une véritable donation déguisée. Il est vrai que dans cette voie on peut tomber dans l'arbitraire en raison de la difficulté de preuve. Suffira-t-il, pour qu'il y ait acquisition gratuite, que le fait matériel de l'inégalité des deux fortunes soit patent (2) ? On exige généralement (3) en plus un *animus donandi* résultant « des documents et des circonstances de la cause ». « Il ne faut pas rechercher ce que tel régime procure de profit à l'époux ; il faut voir si celui qui y a consenti a voulu avantager son conjoint aux dépens de ses héritiers. Le juge n'admettra pas facilement qu'il y ait une donation, car le législateur favorise ces conventions et les maintient à titre onéreux, alors que l'un des époux en retire un avantage certain » (4).

(1) Laurent, *op. cit.*, p. 394.

(2) En ce sens, MM. Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 1360.

(3) *Ibid.*, Troplong, *op. cit.*, III, n°s 2189 et 2190 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 525 (texte et notes 4 et 5, p. 483) ; Laurent, *op. cit.*, XXIII, n° 390 ; Guillouard, *op. cit.*, III, §§ 1645 et 1646.

(4) Laurent, passage cité note 3, *supra*.

Nous venons ainsi de constater l'accord unanime de la doctrine à reconnaître le caractère onéreux de toutes les clauses modifiant la composition de la masse commune (la réserve, relative à la communauté universelle, mise à part). Si nous envisageons maintenant les conventions consacrant une inégalité dans le partage, nous trouvons un esprit beaucoup moins libéral et surtout plus respectueux de la lettre des textes.

§ 4. — *Clauses de partage inégal*

a) *Préciput improprement dit*

Lors du commentaire de l'article 1516 (1), nous avons négligé à dessein de déterminer la nature de cette clause : nous savons qu'elle ne consacre plus un droit de prélèvement au profit du mari ou de la femme acceptant la communauté, mais une faveur pour l'épouse renonçante, qui devient créancière personnelle de son conjoint. Doit-on traiter cet avantage en convention de mariage? Le doute est grand, car l'enrichissement ne porte plus sur des valeurs de communauté, mais bien sur le patrimoine du mari, puisque la renonciation entraîne la confusion des propres de ce dernier avec la masse commune.

Alors que Le Brun se prononçait pour la nature gratuite et que Pothier évitait de donner une opinion formelle, la question est restée controversée de nos jours.

Un premier système reconnaît que le préciput, dans ce cas, n'a plus le caractère d'une simple convention de mariage, mais d'une libéralité imputable sur la quotité disponible, même au regard des enfants communs. Dans ces conditions — dit-on — ce n'est pas à titre d'épouse commune et d'associée

(1) Cf. *supra*, p. 55.

que la femme exerce son préciput (il n'y a plus de société), mais de donataire. Sans doute, on ne saurait prétendre que cet avantage doive être assujéti aux formes des donations, puisqu'il ne s'agit plus, au moment de la liquidation, de stipulation mais d'exécution. Par contre, toutes les règles de fond deviennent applicables (1).

Alors que cette théorie rallie peu de partisans, une seconde opinion, plus courante, tend à conserver au préciput improprement dit le caractère onéreux : il semble en effet difficile d'admettre que le parti pris par la femme sur la communauté, suffise à modifier la nature juridique de la clause. « On ne comprendrait pas que la renonciation de la femme puisse avoir pour effet de transformer en donation une clause ne formant, en cas d'acceptation, qu'une simple convention matrimoniale. D'ailleurs, toute donation suppose l'*animus donandi*. Or, ce n'est pas en général à titre de libéralité que la femme stipule et que le mari consent la clause dont s'agit ; le préciput que la femme se réserve d'exercer même en renonçant ne constitue d'ordinaire pour elle qu'un moyen de se soustraire aux embarras d'une liquidation de communauté ou de se garantir contre les suites d'une mauvaise administration du mari » (2).

b) Parts supérieures à la moitié

Nous savons que le Code a admis, de façon très large, la possibilité d'assigner aux époux des parts inégales dans la communauté. Il prévoit bien quelques-unes de ces stipula-

(1) Troplong, *op. cit.*, III, n° 4124; Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acquêts*, III, p. 267.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, p. 529, texte et notes 4 et 5, p. 498-499; Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 1533; Hue, *Commentaire du Code civil*, IX, n° 387.

tions, mais il détermine la nature juridique de la seule attribution de tous les acquêts. Cette réglementation incomplète devait donner lieu à des difficultés d'interprétation et amener des divergences entre les auteurs. Nous devons examiner l'état de la doctrine au double point de vue du *caractère de la réserve* portée dans l'article 1525 et de son *extension* ne dehors de ce texte.

1) *Caractère de la réserve d'apports prévue par l'article 1525*, in fine

On ne saurait nier l'originalité de ce droit, conféré aux héritiers du prémourant, de reprendre les apports tombés en communauté du chef de leur auteur, alors que le conjoint survivant garde tous les acquêts.

La doctrine s'accorde à reconnaître que l'époux désavantagé n'est pas obligé d'insérer cette réserve pour en bénéficier ; par contre, s'il désire faire porter l'avantage matrimonial sur ses mises personnelles, il doit manifester une volonté formelle dans ce sens, car il a un droit acquis à cette reprise. Parmi les auteurs, Bellot des Minières (1) est seul à soutenir que le contrat de mariage ne peut exclure la réserve de l'article 1525. Mais alors, pour tous les autres, se pose la question de savoir si l'attribution complète et intégrale de la communauté reste une convention onéreuse !

La plupart n'hésitent pas à répondre par la négative et à traiter en libéralités ces stipulations. « La clause ainsi modifiée n'est plus une convention de mariage ; elle devient au fond une véritable donation » (2). MM. Guillouard, Huc, Baudry-Lacantinerie, Laurent, etc..., reconnaissent que la fiction, réputant à titre onéreux les modalités de la communauté

(1) T. III, p. 306, *op. cit.*

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, p. 508.

légale, cesse de jouer dans cette hypothèse, puisque la condition *sine qua non* de l'article 1525 (reprise d'apports) fait défaut.

Seul, M. Troplong (1) s'est refusé à voir dans cette opération une donation : « Il faut prendre l'ensemble du pacte : l'apport est entré dans la société ; il en fait partie. Si on peut attribuer la communauté au survivant, on peut la lui attribuer avec un de ses éléments naturels, c'est-à-dire avec les mises. Il est évident que c'est là une convention aléatoire qui n'a aucun des caractères d'une libéralité ».

M. Colmet de Santerre (2) se montre moins dissident et propose une distinction ingénieuse entre deux sortes d'attribution totale : si la stipulation est faite au profit du survivant, quel qu'il soit, elle constitue une convention onéreuse « car chaque époux acquiert la chance de profiter des apports faits par son conjoint, qui seront peut-être supérieurs aux siens, moyennant qu'il courre la chance de perdre ses propres apports, s'il n'est pas le survivant ». Si la clause ne peut jouer qu'en faveur d'un seul, sans réciprocité au cas où l'autre survivrait, le caractère aléatoire disparaît ; il est un époux qui peut espérer au maximum un partage par moitié, sans aucune perspective d'avantage exorbitant : il a donc tout à perdre, dans cette convention, et il est assimilable à un donateur qui s'appauvrit éventuellement.

Mais tous les autres interprètes n'admettent aucune de ces distinctions et préfèrent s'en tenir uniformément à l'idée de libéralité : ils s'appuient sur l'argument *a contrario* tiré de l'article 1525 et ne veulent pas se prêter à l'iniquité qui consisterait à dépouiller complètement les héritiers d'un époux.

(1) Troplong, *op. cit.*, III, n° 2181.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, 193 bis.

Dans ces conditions, les auteurs ont une seconde question à résoudre, relative au montant de la libéralité : ils auraient pu songer à diviser la clause et à la traiter en donation, en tant qu'elle porte sur les apports, en convention onéreuse dans la mesure où elle frappe les acquêts. Cette opinion n'a pas prévalu : la doctrine reconnaît généralement que la disposition est *une*, formant un tout indivisible et qu'elle est inspirée par une seule volonté, nettement libérale, qui lui confère un caractère gratuit exclusif (1).

2) *Application de la reprise d'apports aux clauses de partage inégal autres que l'attribution totale*

La réserve d'apports semble n'avoir été édictée par le Code qu'à l'occasion de l'attribution totale de la communauté (art. 1525) ; en l'absence de texte, pouvait-on l'étendre aux autres conventions de partage inégal, visées par les articles 1520 et suivants ? Certains l'ont prétendu : « Les raisons de décider sont les mêmes, que l'inégalité de l'attribution soit plus ou moins forte : l'attribution à l'un des époux de *tout* ou *partie* des bénéfices de communauté constitue une convention aléatoire, qui peut enrichir l'époux survivant, mais qui ne diminuera jamais le patrimoine de l'époux prédécédé. Au contraire, si les héritiers de ce dernier ne peuvent pas exercer la reprise de ses apports tombés en communauté, il y a une véritable libéralité au profit du survivant et aux dépens du patrimoine du prédécédé » (2). M. Guillouard cite en ce sens divers auteurs, mais nous pensons que ceux-ci ne prévoient pas directement la question, sauf peut-être MM. Rodière et Pont (3). En tout

(1) Entre autres auteurs, Rodière et Pont, *op. cit.*, n° 1609 ; Guillouard, *ibid.*, n° 1626 ; L. et A. Mérignhac, *Du régime de communauté*, t. II, n° 3227.

(2) Guillouard, *op. cit.*, § 1626.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, § 1615.

cas, la doctrine est plutôt hostile à cette extension de la réserve d'apports (1), à cause du caractère exceptionnel de l'article 1525 ; si des motifs d'équité l'ont inspiré, ils n'ont plus la même force dans l'hypothèse de simple partage inégal : chaque conjoint est toujours sûr de ne pas être spolié complètement et de toucher, dans une mesure quelconque, une part de l'actif commun.

Les auteurs sont donc pour la plupart favorables à l'interprétation restrictive de l'article 1525, alinéa 1, *in fine* ; il en résulte qu'ils reconnaissent, avec le secours de la fameuse fiction, le caractère onéreux de toutes les conventions de partage autres que l'attribution totale et qu'ils ne distinguent pas entre apports et acquêts. Ils s'appuient sur la généralité des termes de l'article 1527 qui n'admet aucune limitation à la liberté des conjoints, en dehors des secondes noces. D'ailleurs, peu importe l'intention des contractants : ils cherchent le plus souvent à récompenser la partie qui a le plus contribué à l'enrichissement de la masse commune ou ils veulent assurer au survivant une situation pécuniaire convenable. Jamais de telles stipulations n'apparaîtront comme libéralités, pourvu toutefois que la liquidation établisse une proportionnalité exacte entre l'actif et le passif de chacun.

C. — Conclusion

Nous pouvons dire, d'une façon générale, que la doctrine se montre assez favorable aux avantages matrimoniaux : sans doute les considère-t-elle *a priori* comme des donations, mais elle arrive aux mêmes résultats pratiques que s'ils avaient une nature onéreuse. Grâce à l'idée ingénieuse de fiction légale,

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 530 ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, § 1449 ; Troplong, *op. cit.*, t. III, § 2181 ; Huc, *op. cit.*, IX, § 393.

les auteurs peuvent en effet affirmer que presque toutes les stipulations, consacrant un enrichissement entre époux, sont *réputées* de simples conventions de mariage ; et ils leur appliquent un traitement conforme. Mais cette présomption, suggérée par le commentaire de la lettre du Code et l'interprétation de l'esprit du législateur, doit cesser de jouer dans trois situations exceptionnelles, où la réalité juridique reprend le dessus, où le caractère gratuit de l'opération s'impose : hypothèse d'une communauté universelle, avec un *animus donandi* manifeste ; attribution totale de communauté, sans réserve d'apports ; avantage quelconque en présence d'enfants d'un premier lit. Dans tous les autres cas, l'opinion courante laisse pleine liberté aux conjoints.

Nous allons maintenant donner un aperçu de quelques systèmes dissidents, qui ont été proposés sans grand succès.

SECTION II. — Systèmes originaux

A. — *Distinction entre les clauses unilatérales et bilatérales*

On a parfois prétendu qu'une stipulation matrimoniale n'avait pas *a priori* une nature immuable, toujours gratuite ou toujours onéreuse, mais que son caractère variait selon qu'elle était insérée avec ou sans réciprocité. On comprend très bien que les clauses extensives ou restrictives de la masse commune peuvent constituer un avantage pour un époux, si elles sont unilatérales : en matière d'ameublement par exemple, le conjoint qui fait entrer en communauté certains de ses immeubles en perd, par là même, la propriété pour moitié, tandis que l'autre partie conserve intégralement les siens propres. En sens contraire, celui qui exclut de la masse ses dettes subit un double appauvrissement : il est obligé de supporter seul tout son passif, et en outre celui de son

conjoint pour moitié. Si, dans ces hypothèses, les deux fortunes sont de consistance et de valeur sensiblement égales, le caractère unilatéral de la convention la fait ressembler à une libéralité.

Mais c'est surtout en matière de partage inégal que cette théorie semble séduisante. Un seul époux a-t-il l'espoir de bénéficier d'un avantage, comme l'attribution totale de communauté? L'autre court uniquement un risque de perte tandis que le premier a, outre la certitude de toucher au moins sa part, la perspective de réaliser une opération lucrative en prenant le tout. Si au contraire la stipulation peut profiter au survivant quel qu'il soit, la situation change : la disposition, réciproque, dépend d'une condition purement casuelle et fortuite, et il semble qu'elle participe plutôt de la nature des contrats aléatoires que de celle des donations proprement dites. Nous savons que M. Colmet de Santerre a proposé la principale application pratique de ce système à l'occasion de l'article 1525, quand la reprise d'apports est exclue (1).

Cette opinion s'appuie sur une certaine logique et peut-être même sur quelques textes : l'article 1497, envisageant les différentes modifications de la communauté légale, dit que « *Les époux peuvent...* »; de même, l'article 1500 (exclusion de communauté) et l'article 1510 (séparation de dettes) ne prévoient pas que la clause puisse être spéciale à *un seul* conjoint.

Nous rejetons *de plano* cette théorie, non pas que son médiocre succès fasse douter de sa valeur, mais parce qu'elle ne repose sur aucune base solide et n'est pas conforme à l'esprit général de notre communauté conventionnelle.

L'argument littéral ne signifie rien : quand les rédacteurs

(1) Cf. *supra*, p. 96.

du Code parlent *des* époux, ils n'ont point l'intention d'opposer les stipulations bilatérales à celles qui émanent d'une seule partie ; ils considèrent simplement que les conjoints contractent *ensemble* pour adopter un régime. D'ailleurs, l'article 1505 régit l'ameublement en ces termes : « Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté... » ; l'article 1525 lui-même prévoit que l'attribution totale peut profiter « au survivant ou à l'un d'eux seulement ».

Mais il est surtout à nos yeux une raison décisive de repousser un tel système : si une stipulation unilatérale peut révéler une intention libérale, elle constitue aussi un moyen de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines inégaux, composés d'éléments différents. Enfin il n'est jamais entré dans les vues du législateur de rechercher si, en fait, telle clause a pour résultat d'enrichir un époux. C'est donc avec raison que M. Wahl (1) a qualifié cette théorie de purement divinatoire. Il est vrai que M. Ferron (2), par contre, y fait une concession importante, relativement à l'article 1525 : si l'avantage (apports compris) est stipulé en faveur de l'un des époux en cas de survie, la question de la nature de la clause pourra paraître douteuse ; « il y aurait au contraire libéralité certaine si la communauté entière était attribuée à l'un des conjoints nommément sans condition de survie ».

Nous reviendrons plus tard sur ce critérium qui, ainsi formulé, nous paraît trop absolu (3).

B. — *Thèse de M. Degaigne*

Nous avons vu que la plupart des auteurs faisaient reposer le caractère onéreux des avantages matrimoniaux sur l'idée

(1) Note sous D. 1901, 1, 439.

(2) Note sous S. 1900, 1, 233 et notre thèse, *infra*, p. 173.

(3) Cf. *infra*, p. 162, 197 et 198.

d'une fiction légale interprétée très largement : en opposition avec cette doctrine relativement libérale, nous trouvons dans une thèse récente un essai de système restrictif proposé par M. Degaïgne (1). Celui-ci affirme qu'en principe le législateur doit soumettre les avantages entre époux aux mêmes règles que les donations, car toutes ces opérations sont d'essence identique : en l'absence d'un équivalent en capital ou d'une contre-prestation pécuniaire, fournis par le conjoint avantagé, l'acquisition devient gratuite et constitue une libéralité. Sans doute l'époux le moins favorisé peut-il être doué de qualités personnelles ou morales fort appréciables, « apport *sui generis* qui peut bien compenser l'inégalité des revenus, mais pas l'infériorité d'un apport en capital, parce qu'attaché à la personne et périssable, au lieu que le capital est transmissible et perpétuel... » (2).

Les articles 1516 et 1525 confirment d'ailleurs cette manière de voir : pour traiter le préciput et l'attribution totale d'acquêts en conventions de mariage, ils s'appuient sur une sorte de fiction légale, imaginée en vue de résultats pratiques désirables.

Mais — et c'est l'originalité du système de M. Degaïgne — une telle création arbitraire du législateur ne saurait être appliquée en dehors des textes qui la consacrent, si ce n'est en présence de bénéfices inhérents à la *communauté légale*. « Comme le législateur l'organise souverainement, nul doute qu'il ne la considère comme une société *sui generis*, ayant ses règles propres et soustraite aux dispositions qui régissent les donations » (3).

Mais, cette réserve mise à part, la réalité reprend son

(1) *De la nature juridique des avantages entre époux*, thèse, Paris, 1898.

(2) *Op. cit.*, p. 46.

(3) *Op. cit.*, p. 48.

empire : toutes les clauses étendant les aliénations, d'un patrimoine à l'autre, au delà de celles que comporte la communauté légale, sont des libéralités. A ce point de vue, l'auteur s'inspire de la jurisprudence moderne relative à la capacité de l'époux pourvu d'un conseil judiciaire : l'assistance du curateur, inutile pour l'adoption du régime légal ou de conventions restreignant le fonds commun, est indispensable pour les stipulations matrimoniales à effets plus graves (1).

Il en est de même pour les avantages entre époux : leur nature devient gratuite, quand ils consacrent des enrichissements exorbitants par rapport à la communauté ordinaire de meubles et d'acquêts. L'idée de fiction, susceptible de leur conférer un caractère onéreux, est en effet expressément limitée aux deux seules clauses des articles 1516 et 1525 ; le législateur a cité ces dernières à dessein, en raison de leur modicité habituelle : il entre dans ses vues que le préciput ne porte que sur une faible partie des biens communs et que l'attribution totale laisse intacts les apports de l'époux privé d'acquêts. Quant aux autres avantages, ils ne méritent pas la même faveur à cause de leur importance plus grande.

M. Degaïgne prévoit l'objection historique qu'on peut opposer à sa théorie et l'évite peut-être trop facilement : il lui suffit d'affirmer que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu, en cette matière, rester les continuateurs scrupuleux de la tradition et qu'ils ont voulu marquer une réaction contre la liberté des conventions de mariage : la restriction apportée par l'article 1525 au sujet des apports et capitaux en est la preuve, car elle est nouvelle dans notre législation (2).

Il en résulte donc qu'en dehors de la communauté légale,

(1) Cf. D. 1892, 1, 374.

(2) Nous savons, au contraire, que la réserve de l'article 1525 s'explique par la reproduction d'un passage de Pothier. Cf. *supra*, p. 39, *init.*

du préciput et de l'attribution totale ou partielle des acquêts, les principaux avantages (en particulier ceux résultant de l'ameublement et de la communauté universelle) constituent des libéralités entre époux par contrat de mariage. M. Degaigne excepte naturellement les simples bénéfices en revenus ; d'un autre côté, il met à part les clauses de partage inégal, pour les astreindre toutes à la réserve de l'article 1525 généralisée : elles ne sont permises qu'autant que l'époux désavantagé reprend ses apports, comme au cas d'attribution totale et elles gardent alors le caractère onéreux, par un argument *a fortiori*.

C. — *Thèse de M. Thiébot (1)*

Cette théorie est originale en ce qu'elle procède d'une distinction ingénieuse entre les avantages matrimoniaux, selon qu'ils affectent des biens *normalement communs* ou des biens qui devraient rester *propres* aux époux sous le *régime légal*. L'auteur envisage successivement les différentes conventions susceptibles d'enrichir un conjoint ; il range dans une première catégorie l'exclusion du mobilier et la séparation de dettes, le préciput et le forfait de communauté (à condition que ces deux derniers droits s'exercent sur la seule masse commune), et enfin les clauses de partage inégal des acquêts : comme l'effet de toutes ces conventions est limité aux biens communs, l'idée de libéralité doit être écartée, si grands que puissent être les avantages qui en résultent. « C'est là, peut-on dire, le domaine normal des conventions de mariage, domaine pour lequel leur a été concédée la faveur de n'être pas soumises aux règles des libéralités, et dont elles

(1) Léon Thiébot, *Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités*, thèse, Caen, 1911.

ne peuvent sortir, sauf dans quelques cas formellement prévus par les textes, sans engendrer de grandes difficultés » (1).

Alors que M. Thiébot reconnaît tout naturellement, et sans l'artifice de la fiction légale, le caractère onéreux de ces avantages ainsi restreints, il refuse un traitement identique à une seconde variété de stipulations plus graves dans leurs effets ; ce sont celles qui affectent plus ou moins directement les biens normalement propres aux époux et qui modifient profondément la composition des patrimoines respectifs : tels sont l'ameublement (quand il n'est pas provoqué par la valeur excessive du mobilier d'un conjoint), la communauté universelle, le forfait de communauté ou le préciput (en cas d'insuffisance de la masse commune) et toutes les clauses de partage inégal englobant des apports. En outre, la nature hybride de ces différentes conventions accroît la difficulté : la plupart portent pour *partie* sur des biens *communs* et pour *partie* sur des *propres*. « Dès lors, si l'on admet en principe que les stipulations affectant les biens propres ne peuvent être que des libéralités, la difficulté se présente de savoir quelle nature on doit reconnaître à ces clauses qui se trouvent avoir un effet complexe. Lequel doit l'emporter du caractère d'acte à titre onéreux qu'elles auraient, si elles ne portaient que sur des biens de communauté ou de celui de libéralité, qui leur vient de ce qu'elles affectent les propres des époux » (2) ? Et M. Thiébot se demande si entre ces deux décisions absolues, un système intermédiaire n'aurait pas chance de succès : n'est-il pas naturel qu'une stipulation à double effet ait un caractère mixte ? Ne peut-on la traiter en convention de mariage en ce qu'elle porte sur des biens communs, en libéralité en ce qu'elle affecte les propres ?

(1) *Op. cit.*, p. 67.

(2) *Op. cit.*, p. 70.

Telle est la théorie de la *divisibilité des conventions matrimoniales*, qui devrait jouer dans toutes les dispositions atteignant, accessoirement ou principalement, des biens restés propres ou devenus communs par la seule volonté. M. Thiébot reconnaît cette nécessité logique, mais il estime avec regret que l'état des textes ne lui permet pas un tel développement de son principe. C'est ainsi qu'il se refuse à l'étendre aux clauses relatives à la composition de la communauté : l'ameublissement et la communauté universelle, par exemple, ne peuvent donner lieu à discussion tant sont précis les textes qui les régissent. En effet, la place occupée par la première stipulation dans le Code civil prouve qu'elle garde toujours une nature onéreuse, alors même qu'elle, dans l'intention des parties, elle répondrait à un avantage indirect. Quant à la seconde, il est certain que le législateur n'y voit jamais qu'une convention de mariage, malgré les bénéfices excessifs qu'elle peut comporter pour un époux (il est même arbitraire, selon M. Thiébot, d'accepter la réserve admise par la Cour de cassation au cas d'intention libérale manifeste). Si le législateur n'a pas traité en donations de tels avantages, c'est qu'à ses yeux les conjoints se proposent, dans ces hypothèses, d'éviter les inégalités inhérentes au régime légal.

Mais la théorie de M. Thiébot redevient parfaitement homogène dans l'application spéciale qu'il en fait aux plus importantes clauses de partage de la communauté. « Dans tous les cas, que ce soit par une disposition précipitaire ou par l'effet d'un partage inégal ou d'une attribution totale de la communauté, du moment où un des époux devient propriétaire ou seulement usufruitier des biens propres de son conjoint, il doit, mais seulement dans cette mesure, être considéré comme donataire » (1). Comme la plupart de ces stipulations portent

(1) *Op. cit.*, p. 163.

à la fois sur des acquêts de communauté et sur des biens *personnels* aux époux, elles ont une nature hybride, qui leur vaut un traitement spécial : chacune se dédouble pour former à la fois et pour partie une convention onéreuse et une libéralité. En particulier, au cas d'attribution totale de la communauté, l'époux avantagé ne sera donataire que dans la mesure où il deviendra propriétaire des apports de son conjoint. De même quand le montant du préciput de la femme renonçante dépasse l'actif net de la communauté, la clause vaut libéralité, à concurrence de la valeur des biens pris dans le patrimoine du mari.

Bien que M. Thiébot juge le principe de divisibilité applicable à tout partage inégal, il est forcé d'admettre une exception pour le forfait de communauté supérieur au montant de la masse commune. Quoique le complément porte sur des biens propres, on ne saurait dédoubler la clause, car la place de l'article 1522 au milieu de dispositions concernant les conventions de mariage « montre que le législateur considère le forfait de communauté, quel qu'en soit le résultat, comme l'une de ces conventions » (1).

Nous reconnaissons que cette sage méthode d'appréciation des avantages matrimoniaux a un mérite : elle évite les deux excès contraires reprochés aux jurisprudences antérieure à 1890 et postérieure à 1899, qui considéraient ces stipulations comme gratuites ou onéreuses pour le tout. « Elle pourrait intervenir dans la plupart des cas où les expressions employées manquent de clarté ; elle servirait pour ainsi dire de régulateur à toutes ces conventions d'une interprétation si délicate et au sujet desquelles on manque de critérium et de principe de solution. Avec elle, en raison de son caractère de théorie intermédiaire,

(1) *Op. cit.*, p. 149.

que de procès seraient évités, surtout en matière de droits de mutation où la discussion se produit, semble-t-il, plus âpre que partout ailleurs... Mais elle serait aussi fort utile en matière de réduction pour atteinte à la réserve, et, là aussi, elle aplanirait bien des difficultés » (1).

Nous nous réservons, dans notre étude critique des divers systèmes proposés, de donner notre opinion sur les théories de M. Degaigne et de M. Thiébot.

(1) *Op. cit.*, p. 129.

CHAPITRE V

VARIATIONS DE LA JURISPRUDENCE

Toutes les décisions ont été motivées par des intérêts *civils* ou *fiscaux* : bien que nous nous proposons d'étudier dans une section spéciale les divers modes de taxation admis par l'Administration de l'Enregistrement, il nous est impossible d'établir une séparation absolue entre les deux points de vue, parce qu'ils coexistent le plus souvent dans une même espèce. Nous nous efforcerons d'empiéter le moins possible sur le domaine de la Régie, en faisant remarquer d'ailleurs que des divergences profondes ont souvent séparé les deux jurisprudences.

Si nous consultons les recueils d'arrêts, nous relevons une évolution très nette, à phases bien marquées, dans le sens d'une appréciation de plus en plus libérale des avantages matrimoniaux : partie d'un système fort restrictif, la Cour de cassation a fini par reconnaître dans la stipulation la plus exorbitante, dans la clause de plus grande inégalité, une simple convention de mariage soustraite aux règles des donations.

SECTION PREMIÈRE. — Avantages divers

Pour nous rendre compte de cet intéressant mouvement, nous allons passer en revue les différents avantages entre époux, en notant les principales décisions judiciaires rendues à l'occasion de chacun d'eux.

Tout d'abord, laissons de côté les bénéfices résultant du

régime légal : comme la doctrine s'est toujours refusée à y voir des libéralités, leur nature n'a jamais été contestée devant un tribunal. De même, les simples avantages en revenus n'ont pas soulevé de difficulté, ni sous la communauté, ni sous les autres régimes : les inégalités dans la répartition d'une société d'acquêts, par exemple, n'ont jamais paru suspectes qu'en présence d'enfants d'un premier lit (1).

De même, sous la séparation de biens, il a été jugé que le mari pouvait garder les revenus économisés par lui, dans la jouissance que lui abandonne son épouse : ils ne sont pas acquis à titre gratuit, mais en récompense d'une sage gestion financière (2).

Quant au régime dotal, il n'a guère inspiré que deux arrêts au point de vue qui nous occupe : la Cour de cassation a admis qu'il ne saurait s'accommoder de véritables conventions matrimoniales, mais seulement de donations : tel est le cas d'une disposition du contrat de mariage attribuant « à la femme, en cas de survie, la moitié des biens meubles ou effets mobiliers qui appartiendront au futur époux au jour de son décès et la moitié des immeubles qu'il acquerra durant le mariage et qui seront entre ses mains au jour de son décès » (3).

Par contre, si la femme a laissé à son mari la jouissance de ses paraphernaux, elle ne pourra lui réclamer que les fruits non consommés : les revenus employés par le mari sont perdus pour son épouse, quelque avantage qu'il en ait retiré pour son profit personnel. Les enfants d'une précédente union ne pourraient même pas soutenir que leur mère a ainsi fait une libéralité indirecte à son conjoint, car les articles 1496 et 1527

(1) Cf. notre thèse, p. 63-64.

(2) D. 1860, 1, 66.

(3) D. 1854, 1, 184.

sont spéciaux à la communauté et excluent les bénéfices en revenus (1).

Les clauses modifiant la composition de la masse commune ont provoqué de rares interventions judiciaires, car elles visent le plus souvent à établir un simple équilibre entre deux patrimoines inégaux. Nous ne trouvons même pas d'espèce relative à la réalisation ou à la séparation de dettes. Quant à l'ameublement, il a donné lieu à une décision intéressante de la Cour de Caen, le 7 juillet 1902 (2) : un contrat de mariage présentait une assez curieuse combinaison de cette modalité avec l'attribution totale de communauté au survivant ; il était évident que les immeubles ameublis devaient avoir le même sort que le surplus de la communauté et que les héritiers du prémourant pouvaient en exercer la reprise conformément à l'article 1525 ; mais la question était de savoir s'ils opéraient ce retrait à titre de propriétaires ou de créanciers. La Cour a jugé que ce texte ne conférait aucun droit de prélèvement ou de suite sur les biens ameublis, tombés en communauté et attribués au survivant par une convention de mariage. Nous n'insistons pas sur ce point, car il dépasse le cadre de notre étude et se rattache au problème plus général de la liquidation matrimoniale.

Il faut arriver à la communauté universelle pour trouver dans la jurisprudence un essai de construction juridique. Comme ce régime est assez peu pratiqué en France, la Cour de cassation manifeste à son endroit quelque défiance et elle cherche à atténuer ses dangers, dans les rares exemples qui lui sont déférés. Sans doute, reconnaît-elle en principe que la communauté universelle constitue une convention à titre onéreux, malgré son étendue ; les conjoints qui la stipulent

(1) S. 1910, 1, 369, et *supra*, p. 66 de notre thèse.

(2) S. 1903, 2, 257.

ne font que régler leur charte matrimoniale, et, si les apports réciproques sont inégaux, l'avantage qu'y trouve le conjoint le moins fortuné n'est pas considéré comme libéralité.

Cependant si en fait, d'un côté, l'apport est nul ou minime, il est à craindre que le régime ne déguise une véritable opération gratuite. La jurisprudence, dans sa perspicacité, n'a pas voulu tolérer de tels abus : elle s'est réservé la faculté de déterminer les hypothèses « où les documents et les circonstances de la cause indiquent nettement que la stipulation contient, *dans l'intention des parties*, une donation dissimulée ». La Cour de cassation avait déjà décidé en ce sens par un arrêt du 3 avril 1843, rendu en matière civile (1) : comme l'apport de la femme était d'une valeur considérable et que « celui du conjoint consistait en sa part dans une succession qui n'offrait réellement aucun actif », l'avantage du mari fut réduit pour atteinte à la réserve. Le déguisement était particulièrement apparent dans l'espèce du 18 janvier 1888 (2) : le mari avait des biens mobiliers et immobiliers pour plus de 500,000 francs, alors que la femme ne possédait qu'une valeur de 10,000 francs, qu'elle avait pris soin d'exclure de la communauté universelle.

Nos tribunaux, approuvés par la majorité des auteurs, apportent donc à cette clause un sage correctif, en se reconnaissant le droit de scruter l'intention des parties et de traiter en libéralité une stipulation inspirée par le seul *animus donandi*.

La jurisprudence devient plus abondante en matière de partage inégal, car de telles stipulations consacrent des avantages considérables.

(1) S. 1843, 1, 229.

(2) S. 1890, 1, 179.

SECTION II. — Préciput

Il ne comporte aucune difficulté quand il doit profiter au survivant quelconque et en particulier à la femme acceptant la communauté. Un seul arrêt a éprouvé le besoin de répéter la vérité évidente, consacrée par l'alinéa 2 de l'article 1515 : « En cas d'insuffisance des biens communs, le préciput ne peut s'exercer sur le patrimoine personnel du mari » (1).

Nous avons vu au contraire que la doctrine n'admettait pas sans discussion le caractère onéreux du préciput accordé à l'épouse *renonçante* ; nous retrouvons la même incertitude en jurisprudence. La Cour d'Amiens (2) et deux jugements du tribunal de Rennes, du 24 décembre 1844 et du 11 juin 1845, ont décidé que le préciput gardait toujours sa nature de convention de mariage. Mais la Cour de cassation s'est prononcée par la suite pour la gratuité en cassant un jugement du tribunal de Mortagne : « Le préciput ne pouvant se prélever sur les biens et valeurs dépendant de la masse commune est pris nécessairement sur la succession du mari : il constitue dès lors pour la femme, non plus une simple convention de mariage, mais un avantage entre époux, à la charge des biens exclusifs du prédécédé, assujetti au paiement des droits de mutation » (3). La Cour d'Orléans s'est ralliée dans le même sens (4). Mais, le 12 avril 1900, s'est produit un revirement subit devant la Cour de Paris (5) : « L'article 1516 déclare expressément que le préciput n'est point regardé comme une donation, mais comme une convention de mariage ; il s'en suit le principe

(1) S. 1852, 1, 833.

(2) S. 1838, 2, 425.

(3) D. 1872, 1, 327.

(4) D. 1896, 2, 334.

(5) D. 1903, 2, 159.

qu'il ne doit pas produire les effets d'une libéralité imputable sur la quotité disponible ». Le tribunal de la Seine s'est rangé à cette opinion le 16 avril 1902 : « Il appert de l'article 1516 que même dans l'hypothèse d'une répudiation de communauté, le préciput constitue non une libéralité, mais une convention de mariage » (1).

La jurisprudence semble donc bien fixée pour reconnaître aujourd'hui le caractère onéreux de tous les préciputs, réserve faite naturellement du cas de secondes noces. Nous allons d'ailleurs retrouver le même esprit favorable aux avantages matrimoniaux dans les derniers arrêts relatifs aux autres clauses de partage inégal.

SECTION III. — Clauses de partage inégal proprement dites

a) Jurisprudence antérieure à 1890

Toutes les décisions intervenues à leur sujet sont intimement liées à la question de *reprise d'apports* édictée par l'article 1525, alinéa 1, *in fine*.

Il fallait d'abord s'entendre sur la signification exacte de cette réserve : la formule « apports et capitaux » comprenait-elle uniquement les « propres mobiliers imparfaits » comme les valeurs mobilières stipulées propres ou réalisées, tombées, en fait, dans la communauté, alors qu'elles en étaient exclues, en droit, par le contrat de mariage? Nous savons que deux jugements belges l'ont admis (2) : mais ils sont restés isolés ; la jurisprudence est unanime à comprendre sous l'étiquette de l'article 1525 tous les biens entrés juridiquement et définitivement en communauté, par la volonté des époux ou de la

(1) D. 1902, 2, 239.

(2) *Supra*, p. 57.

loi et s'opposant comme tels aux propres, parfaits ou imparfaits.

Ce point acquis, les conjoints peuvent valablement convenir que le survivant gardera la totalité de la communauté sans que les héritiers de l'autre exercent la reprise d'apports de l'article 1525. Mais pour dépouiller aussi complètement un époux, la Cour de cassation exige une volonté non équivoque : elle a jugé insuffisante, par exemple, la clause suivante : « Le survivant sera héritier mobilier universel et de toutes choses et actions réputées mobilières de leur communauté, de même que de tous conquêts, immeubles, pour ledit survivant, faire, jouir et disposer à sa volonté de tous les susdits biens, meubles, choses et actions réputées mobilières et de tous conquêts immeubles, comme de choses à lui propres et appartenant » (1). Il faut remarquer d'ailleurs que si la reprise était expressément exclue, la clause devenait, tout au moins jusque 1899, une véritable libéralité. Il en était de même quand une stipulation semblait exclure tacitement mais indiscutablement la réserve d'apports, comme celle-ci : « Les époux font au survivant donation de tous les biens meubles ou immeubles, qui composeront la communauté au jour du décès du prémourant » (2) : dans ces conditions, les conjoints avaient un intérêt capital à formuler exactement leur pensée, sous peine de la voir dénaturer juridiquement.

A ce point de vue, il est bon d'observer que la seule *qualification* donnée à la clause ne saurait suffire à la modifier dans son essence, du moment où la stipulation présente, au fond, tous les caractères d'une convention matrimoniale : les parties, dans leur ignorance de la terminologie, ne peuvent

(1) D. 1852, 2, 114.

(2) D. 1869, 1, 198.

la transformer en libéralité, par la dénomination impropre de « donation » (1). En particulier, il a été jugé que si les époux se faisaient « donation réciproque », en cas de survie, de la totalité des acquêts réalisés pendant le régime, il n'y avait pas opération gratuite (2). Dans une autre hypothèse, nous relevons cet attendu significatif : « C'est la chose qu'il faut voir et non judaïquement le mot sous lequel on la désigne » (3).

La nature de la disposition dépend donc de son objet réel et de l'intention qu'elle révèle dans son ensemble, mais non pas de l'exactitude de l'épithète employée. Dans une législation aussi peu formaliste que la nôtre, il était à peine besoin de dire que le caractère des conventions se détermine par leur contenu, sans que les parties puissent le modifier par des déclarations ultérieures ou par le mode d'exécution qu'elles choisissent (Cf. les observations de M. le conseiller Tardif) (4).

Ces idées préliminaires fixées, nous allons rechercher les applications que la jurisprudence a reconnues à la réserve de l'article 1525. Cette étude nous révélera une longue évolution dont la course est jalonnée par des étapes nettement marquées.

La Cour de cassation a commencé de poser une distinction qui semble dériver naturellement des termes de l'article 1525 : toutes les fois que, conformément à l'alinéa 2, les héritiers de l'époux prédécédé peuvent reprendre ses apports, l'attribution totale n'est qu'une convention de mariage. Si, au contraire, le survivant a droit à tout l'actif commun et non seulement aux acquêts, il bénéficie d'une libéralité (5).

(1) Cf. les décisions rapportées sous D. 1830, 1, 104; D. 1842, 1, 312.

(2) D. 1854, 1, 184.

(3) D. 1855, 1, 355; de même : D. 1882, 1, 82; D. 1883, 2, 238 et 239.

(4) S. 1875, 1, 183.

(5) Civil, 23 avril 1849, D. 1849, 1, 112; Tribunal civil de Cambrai, 1^{er} août 1856, D. 1856, 3, 45.

Dans une espèce particulière (1), le contrat de mariage portait : « Les deux futurs époux se font respectivement donation entre vifs, mutuelle et irrévocable, de tous et généralement les biens meubles et immeubles qui composeront la communauté au jour du décès du prémourant, pour en jouir par le survivant en pleine et libre propriété, à compter dudit jour et en faire disposer comme de choses leur appartenant ». Le tribunal d'Evreux et la Cour de Rouen y virent, non une donation, malgré l'expression employée, mais une convention de mariage conforme à l'article 1525. La Cour de cassation n'admit pas cette interprétation, attendu que « la clause, par sa généralité, embrasse, contrairement et au delà du vœu de l'article 1525, tous les biens composant la communauté au jour de la dissolution du mariage, sans distinction entre les acquêts ou produits de la collaboration commune, pouvant seuls faire l'objet du pacte social autorisé par cet article, et les apports et capitaux qui, tombés dans la communauté du chef de l'époux prémourant, doivent rester en dehors d'un tel pacte ».

Un arrêt, particulièrement catégorique, a été rendu le 9 août 1881 par la Cour de cassation (2) : bien que sa décision soit opposée à celle du tribunal de Lille, qui avait statué sur l'espèce, jugement et arrêt reposent sur le principe de distinction formulé plus haut : « Pour qu'une clause de contrat de mariage, attribuant à l'époux survivant la totalité des biens communs, ne constitue qu'une simple convention de mariage, il faut qu'elle soit limitée aux seuls acquêts ». Si le tribunal et la Cour en ont fait une application différente, c'est qu'il a paru au premier que la clause litigieuse ne pouvait être interprétée comme réservant les apports du prédécédé, tandis que la seconde a cru y discerner cette reprise possible.

(1) Civil, 23 avril 1863 ; D. 1863, 1, 198.

(2) D. 1882, 1, 83.

La jurisprudence manifestait une plus grande rigueur à un second point de vue, dans l'extension de la reprise des apports et capitaux en dehors de l'article 1525. Bien que ce texte ne régit expressément que l'attribution totale, la Cour de cassation n'hésitait pas à l'appliquer aux simples stipulations de parts inégales (art. 1520) : de nombreux arrêts ne reconnaissaient à ces dernières le caractère onéreux que si le conjoint désavantagé ou ses représentants pouvaient reprendre toutes les mises tombées de son chef en communauté. En pratique, la Cour suprême avait surtout à statuer sur l'*usufruit* des biens communs revenant à la succession du prémourant : c'est cette convention qui avait d'ailleurs entraîné la jurisprudence dans la voie nouvelle (1). A titre d'exemple, dans une espèce (2), le survivant devait avoir « la propriété du mobilier et des objets réputés tels et la jouissance viagère et usufruitière des immeubles qui dépendent de la communauté ». La Cour de cassation y vit une libéralité : « Attendu que la confusion des apports et des acquêts, dans l'avantage attribué au survivant, caractérise essentiellement, en droit, une donation ». — De même, si on a stipulé que le survivant des époux (3) « sera propriétaire de la moitié des conquêts et aura, en outre, l'usufruit de tous les biens propres et communs, mobiliers et immobiliers que délaissera le prémourant », il a été jugé qu'il y avait là une libéralité pour le tout.

Si la Cour de cassation éprouvait à ce point le besoin d'affirmer l'extension de la réserve de l'article 1525 aux simples clauses de partage inégal, c'est qu'elle rencontrait

(1) Requêtes, 24 décembre 1850, D. 1854, 5, 129; Civil, 21 mars 1860, D. 1860, 1, 111.

(2) 15 janvier 1872, D. 1872, 1, 101.

(3) 5 juillet 1876; D. 1877, 1, 36; S. 1877, 1, 230; Cassation, 7 décembre 1886; D. 1887, 1, 343; Cassation, 18 janvier 1888, D. 1888, 1, 174.

une résistance sérieuse de la part des juridictions du Nord. La question présentait un intérêt pratique considérable pour cette région où ces conventions étaient d'un usage courant ; les tribunaux locaux, favorables aux avantages matrimoniaux, se refusaient formellement à admettre le caractère obligatoire de la reprise d'apports en dehors de l'attribution totale : si la stipulation conférait au survivant une part de communauté supérieure à la moitié ou même un usufruit total, il n'y avait pas à rechercher si les héritiers du prémourant retrouvaient la valeur des mises de leur auteur, puisqu'ils n'étaient pas spoliés complètement ; ils étaient suffisamment désintéressés par ce qui leur restait, dans la masse, en pleine ou en nue-propriété. Les attendus d'un jugement de Lille, du 26 mai 1853, sont particulièrement intéressants (1) : le contrat de mariage accordait au survivant la propriété de moitié des biens communs, et dans l'autre moitié, un quart en propriété et un quart en usufruit : « Attendu que le droit de faire la reprise des apports s'exerce à titre d'*exception*, restreinte au seul cas de l'article 1525 — qu'audit cas l'exception était commandée par des motifs qui militaient pour elle plus puissamment que dans aucun autre — qu'on se rend facilement compte de ce que, en présence de cette délibération totale de la communauté à l'un des époux associés, délibération faisant violence aux principes formant l'essence du contrat de société, le législateur, par tempérament d'équité, a autorisé les héritiers quelconques à reprendre les apports tombés dans la communauté du chef de celui-ci — qu'ainsi donc, hors ce cas exceptionnel, se maintiendra la règle, que la chose, originairement propre à l'époux, aliénée sans retour ni condition par lui au profit de la communauté, dans laquelle elle est

(1) D. 1853, 1, 355.

confondue, doit suivre le sort de celle-ci, sans pouvoir, sortie irrévocablement qu'elle est de sa fortune personnelle, redevenir, même fictivement, un propre, en vue de la reprise à en faire par son héritier... Il y a pour le conjoint, au profit duquel, dans le partage égal ou inégal de la communauté, cet apport, qui en dépend, retourne pour une portion quelconque, simple attribution d'une partie de ladite communauté, dont, par l'effet déclaratif dudit partage, il est censé avoir toujours eu la propriété, et non transmission sur sa tête d'un bien, propre à son conjoint, qui l'assujettirait au droit de mutation ».

Le 7 février 1850, la Cour de Douai (1) avait déjà admis que la réserve de l'article 1525 ne s'appliquait pas au cas où « le contrat de mariage, n'attribuant à la succession du prédécédé qu'une part dans les immeubles communs, le survivant se trouve en fait, par suite de l'absence de biens immobiliers au moment du partage, avoir à lui seul la communauté tout entière ». Dans le même sens, un jugement du tribunal de Cambrai, confirmé par la Cour de Douai, mais réformé par la Cour de cassation (2), avait validé comme convention de mariage une attribution du mobilier commun en propriété et des acquêts en usufruit : « Attendu que le contrat de mariage dont s'agit ne confère pas à l'époux survivant l'universalité des biens de la communauté, mais seulement une part spécialement déterminée ; que le surplus revient aux héritiers du prédécédé ; qu'il suit de là que c'est l'article 1521 qui régit cette stipulation entre époux, et non pas l'article 1525, et qu'il n'y a par conséquent pas lieu, de la part des héritiers, à la reprise des apports » (3).

(1) D. 1852, 2, 147.

(2) S. 1872, 1, 25.

(3) Cf. aussi, jugement de Lille du 28 mars 1885, cassé par arrêt indiqué plus haut; D. 1887, 1, 343; jugement de Douai, 22 janvier 1886; D. 1887, 3, 15; Req. cassation, 18 janvier 1888, D. 1888, 1, 174.

Jusqu'à cette époque, la Cour de cassation soumettait donc impérieusement toutes les clauses de partage inégal à la réserve de l'article 1525 : faute par les héritiers d'effectuer la reprise des apports tombés en communauté du chef de leur auteur, on se trouvait en présence d'une vraie libéralité au lieu d'une simple convention de mariage. Nous ferons d'ailleurs remarquer que la Cour suprême se bornait à affirmer un tel principe, sans prendre la peine de motiver spécialement sa décision. Bien plus, elle n'hésitait pas à reconnaître à ces clauses le caractère de donation pour l'*ensemble*, sans chercher à distinguer dans quelle proportion elles affectaient *apports* et *acquêts* ; sa jurisprudence était ainsi uniforme pour toutes les stipulations dérogeant à l'égalité du partage, sans différence entre les attributions totales ou partielles. Les conventions matrimoniales ne lui apparaissaient pas susceptibles de *divisibilité* et tous les arrêts (1) proclament à l'envi que la stipulation ne peut être scindée : « l'unité de motif et les termes généraux (de la clause) ne permettent pas de la décomposer et par suite le caractère de libéralité dont elle était revêtue, quant à la mise du conjoint, devait s'étendre aux bénéfices de communauté (2) ».

Mais les époux restent libres de séparer, dans leur contrat, les deux catégories de biens, acquêts et apports, pour faire avec les premiers une opération onéreuse, et avec les seconds une libéralité : si l'intention des parties est suffisamment explicite, chacune des deux clauses, nettement distinctes, aura son effet propre (3). (Dans l'espèce rapportée, on trouvait deux dispo-

(1) Cassation, 15 février 1841, S. 1841, 1, 217 ; 7 décembre 1870, S. 1870, 1, 437 ; 22 juillet 1872, S. 1872, 1, 248 ; 9 février 1875, S. 1875, 1, 183 ; 5 juillet 1876, S. 1877, 1, 230 ; 7 décembre 1886, S. 1888, 1, 181 ; 18 janvier 1888, S. 1890, 1, 179.

(2) D. 1860, 1, 112.

(3) Civil cassation, 29 janvier 1866, S. 1866, 1, 149.

sitions, l'une attribuant au survivant l'usufruit de la moitié des acquêts; l'autre constituant le dernier mourant donataire des habits, linges, bijoux ayant appartenu à son conjoint : il a été jugé que celle-ci, seule, valait donation).

b) Jurisprudence postérieure à 1890

Si la Cour de cassation et la plupart des juridictions (sauf celles du Nord) se montraient animées d'un esprit fort rigoureux à l'endroit des avantages matrimoniaux — en étendant la réserve d'apports de l'article 1525 à toutes les clauses de partage inégal — elles ne devaient pas persévérer indéfiniment dans cette manière de voir trop absolue. Elles ont fini par comprendre l'exagération et les abus de leur système, particulièrement critiquable au cas d'attribution partielle de la masse commune. Aussi, en 1890, assistons-nous à un revirement intéressant et à l'abandon du principe qui avait été affirmé dans de multiples décisions : la Cour suprême se refusera désormais à considérer comme donataire un époux qui, sans dépouiller complètement l'autre, touche un émolument supérieur à la moitié de la communauté. Peu importe que l'avantage affecte la plus grande portion des apports : il reste une convention de mariage sans prendre le caractère gratuit.

Le nouvel arrêt, dernier épisode du conflit qui séparait les tribunaux du Nord et la Cour de cassation, fut provoqué par l'Administration de l'Enregistrement, qui réclamait une solution de principe pour mettre fin à une incertitude fâcheuse. Dans l'espèce en cause, le contrat de mariage accordait à l'époux survivant l'usufruit de la part de communauté revenant au prémourant, sans distinction entre apports et acquêts. D'après la liquidation, la nue-propriété des héritiers portait sur 70,000 francs alors que leur auteur n'avait mis en communauté qu'une valeur de 6,000 francs. Le 28 mars 1885,

le tribunal de Lille, conformément à la tradition locale, avait vu dans cette stipulation une simple convention entre associés ; sur pourvoi en cassation par la Régie, la Cour suprême décidait au contraire, le 7 décembre 1886 (1), qu'il y avait une donation pour le tout, attendu « que l'usufruit échu à la veuve, en vertu de son contrat, était applicable aux apports de son mari prédécédé, comme aux bénéfices ou produits de la collaboration commune ». Mais les juges de Dunkerque, saisis par le renvoi, persistèrent dans le système opposé du tribunal de Lille (28 juillet 1887) : le conflit devenait irritant, puisque la seconde juridiction ne s'inclinait pas devant l'opinion immuable de la Cour de cassation. C'est alors que les Chambres réunies crurent devoir se rétracter en se ralliant à la jurisprudence du Nord (19 décembre 1890). Les considérants méritent d'être rapportés (2) : « Attendu que la loi, après avoir disposé que les époux peuvent déroger au partage égal établi par elle en matière de communauté, et peuvent même stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, ajoute que cette dernière stipulation ne sera point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais seulement une convention de mariage et entre associés ; que cela autorise seulement, en ce dernier cas, — *par interprétation de la volonté des contractants* — les héritiers de l'autre époux à reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur ; — que, refusant ainsi le caractère de donation à celle des clauses énumérées en l'article 1520, qui est le plus favorable à l'époux survivant, elle l'a, à plus forte raison, dénié aux stipulations qui n'abandonnent à cet époux qu'une partie de la communauté ».

(1) D. 1887, 1, 330.

(2) S. 1891, 1, 430.

On ne pouvait condamner plus formellement toute la jurisprudence antérieure. On objectera peut-être que cette décision n'est qu'une solution d'espèce? Mais comment douter de la portée générale de l'arrêt, devant la nécessité où se trouvait la Cour de cassation de mettre un terme définitif à une longue controverse? On peut aussi regretter de ne pas voir les Chambres réunies se prononcer explicitement sur la reprise d'apports, dans les partages inégaux ! Mais il est indiscutable qu'elles ont entendu réserver ce droit au cas d'attribution totale, en raison du caractère exceptionnel de l'article 1525.

On relevait même un attendu grave de conséquences, et une considération originale, qui faisaient présager un avenir plus favorable encore aux avantages matrimoniaux : si c'est « par interprétation de la volonté des parties » que les héritiers opèrent le retrait des mises de l'époux prédécédé — au cas unique prévu par l'article 1525 où il est permis — il semble que les conjoints peuvent, même dans cette situation, manifester une intention contraire et exclure cette reprise, sans changer pour cela la nature de la stipulation. Du principe admis par la Cour de cassation à la déduction proposée, nous ne voyons qu'un pas, fort tentant à faire. La jurisprudence ne devait pas s'y dérober longtemps, l'occasion se présentant bientôt de pousser la logique jusqu'au bout.

c) Arrêt du 2 août 1899

C'est à propos de l'article 1525 lui-même et d'une attribution totale de communauté qu'est intervenue la décision capitale, qui devait marquer le dernier stade de l'évolution jurisprudentielle en matière d'avantages matrimoniaux.

Le contrat de mariage des époux Pety stipulait une communauté où entraient, du chef de chaque conjoint, une somme de 3,000 francs (c'était d'ailleurs toute la fortune de la future),

avec clause d'attribution totale au profit du survivant. La dame Pety étant prédécédée, son conjoint resta bénéficiaire de toute la communauté, sans qu'il soit procédé à aucune liquidation entre le sieur Pety et les quatre enfants issus de l'union. Au décès du père, un des fils actionna une de ses sœurs devant le tribunal de Toulouse « pour entendre juger que la clause d'attribution totale de la communauté constituait une donation... » réductible comme telle au disponible de l'article 1094. L'intérêt du procès était patent : la fille, gratifiée par son père de libéralités préciputaires considérables, devait subir une plus forte réduction si le donateur n'avait pu, comme survivant, recevoir la part de communauté de son conjoint prédécédé au delà des limites de l'article 1094 : l'excédent restait dans la succession de la mère et le fils demandeur pouvait en hériter pour partie.

Le tribunal de Toulouse, le 17 juillet 1896, avait admis ce système ; mais, le 16 février 1897, la Cour, au contraire, ne voulut voir dans la clause qu'une simple convention de mariage entre associés, « attendu que la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, autorisée par l'article 1525 au profit des héritiers du prédécédé, est une pure faculté accordée *par interprétation de la volonté des contractants* ; — qu'on ne peut la considérer comme un élément constitutif de l'essence du contrat, dont la prohibition transformerait en libéralité une disposition que la loi elle-même qualifie de convention de mariage ». Devant un arrêt si contraire à sa prétention, le fils Pety forma un pourvoi devant la Cour de cassation qui, le 2 août 1899, confirma purement et simplement (1). Les attendus sont identiques, et la conclusion plus affirmative encore : « dans l'hypothèse d'une prohibition (de reprise d'apports), la clause d'attribution totale

(1) D. 1901, 1, 433 ; S. 1900, 1, 233.

de la communauté ne cesse pas d'être une convention matrimoniale et, par suite, n'est pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations ».

Au fond, l'arrêt de 1899 n'est que la consécration et la généralisation du système inauguré en 1890 par les Chambres réunies ; les deux décisions sont la conséquence logique de l'idée qui sert d'explication — d'après la Cour suprême — à la reprise d'apports de l'article 1525 : la volonté des parties — souveraine pour admettre ou exclure cette réserve — ne peut aller jusqu'à transformer en libéralité une stipulation essentiellement onéreuse.

Ainsi donc, la jurisprudence française, partie d'un point de vue très restrictif en matière d'avantages matrimoniaux, a fini par reconnaître à la clause la plus grave et la plus exorbitante le caractère de convention de mariage, en dépit du texte étroit qui semblait repousser une telle interprétation.

Et cependant on ne peut accuser la Cour de cassation d'incohérence : avec une belle harmonie, elle a toujours associé, dans la mauvaise fortune, puis dans la bonne, toutes les clauses de partage inégal, sans mettre à part l'attribution totale (comme l'a fait la majorité de la doctrine) : cette unité est intéressante à signaler.

Nous pouvons donc conclure en affirmant que toutes les dernières décisions judiciaires concourent à former un système hautement libéral : qu'il s'agisse de modifications à la composition ou au partage de la communauté légale et quel que soit l'enrichissement de l'époux ainsi gratifié par le régime, on ne saurait voir dans ces stipulations des dispositions gratuites assimilables à des donations : elles restent dans le domaine normal des conventions de mariage. En dehors de l'exception incontestable, admise en présence d'enfants d'un premier lit, la jurisprudence ne reconnaît qu'un tempérament à sa théorie,

au cas de communauté universelle susceptible de déguiser une libéralité. Et encore, les arrêts les moins anciens qui ont consacré cette particularité sont antérieurs au revirement de 1890 et de 1899. Il est possible, aujourd'hui, que la Cour de cassation abandonne ce correctif, dans sa faveur pour les avantages matrimoniaux. Nous trouvons en effet dans un arrêt récent de la Chambre des requêtes des attendus, qui, pour être applicables à une autre clause, n'en ont pas moins une portée générale. Dans leur contrat, les époux Muller avaient choisi la communauté légale ; l'avoir de la future était de minime importance, tandis que M. Muller avait une fortune mobilière estimée à plus de cinq millions. Celui-ci meurt en 1904 laissant, pour seule héritière, sa sœur. La veuve survivante réclama, outre sa part d'actif commun, l'usufruit de la moitié de la succession de son mari, conformément à l'article 767. Mais l'héritière soutenait que l'adoption de la communauté légale entraînait, au profit de la femme, une libéralité qui devait, en vertu de l'alinéa 8 de l'article 767, s'imputer sur l'usufruit. Cette prétention, portée devant le tribunal de Bordeaux, fut admise le 19 juin 1905, mais sur appel de M^{me} Muller, le jugement a été infirmé par arrêt de la Cour de Bordeaux du 10 avril 1906 (1) : « Attendu que si les libéralités faites par le conjoint prédécédé au survivant sont assujetties à l'imputation visée dans le § 8 de l'article 767, il en est autrement des simples avantages qui peuvent résulter, pour le conjoint survivant, des *stipulations de son contrat de mariage* et spécialement de l'adoption par les époux du régime de la communauté légale... ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, le 3 février 1908 : « Attendu que les époux Muller avaient adopté le régime de communauté légale, dont toutes les

(1) S. 1913, 4, 517.

conséquences sont réglées par la loi ; — qu'il résulte des textes que de semblables conventions sont des conventions à titre onéreux ; que, *la loi leur ayant attribué ce caractère, c'est avec raison que les juges du fond ont refusé de rechercher — quelle que fût la différence entre les apports des époux — si les avantages, pouvant résulter uniquement pour la dame Muller de la stipulation de la communauté légale, provenaient d'une libéralité de la part du mari... ».*

Sans doute, cette espèce visait-elle une communauté légale, où l'on peut soutenir que la volonté des parties est inopérante, le législateur ayant statué souverainement. Mais il faut remarquer que, dans l'exemple analysé, il y avait eu contrat de mariage adoptant expressément le régime de droit commun : les époux Muller s'y étaient donc soumis en connaissance de cause, se rendant parfaitement compte de l'avantage considérable qui en découlait pour la future ; il est même à présumer que c'est uniquement en vue de ce résultat, que le mari s'en est remis aux conséquences propices de la communauté légale. Les circonstances de la cause pouvaient donc cacher une intention libérale, comme au cas de communauté universelle ; et la même limitation semblait s'imposer. Si la Cour de cassation ne l'a pas admise, en 1908, c'est qu'elle a voulu peut-être reconnaître le caractère incontestable de conventions de mariage à tous les avantages matrimoniaux.

Quoi qu'il en soit, nous préférons ne pas aller trop loin dans le domaine des hypothèses et des prévisions : nous nous en tenons aux grandes lignes que nous avons tracées, dans l'exposé de la jurisprudence ; spécialement, pour les stipulations de communauté universelle, nous considérons que la Cour de cassation n'a pas abandonné son sage critérium basé sur *l'intention des parties*, puisqu'aucune décision formelle ne nous permet une telle affirmation.

d) Annexe relative à la « clause commerciale »

Nous avons vu que l'arrêt du 2 août 1899 avait définitivement tranché la question irritante de la nature des avantages matrimoniaux, en refusant le caractère gratuit à la clause de plus grande inégalité. Ce problème est donc résolu aux yeux de la Cour de cassation.

Aussi, les décisions judiciaires que nous allons examiner n'ont-elles plus trait aux mêmes stipulations : nous nous proposons d'étudier des conventions que nous avons négligées jusqu'ici, en raison de leur développement récent et de leur caractère original, peu comparable à celui de tous les autres avantages nuptiaux.

Les parties prennent de plus en plus l'habitude d'insérer dans leur contrat de mariage la faculté, pour le survivant, de choisir dans la communauté tels biens qu'il lui plaira, et de les conserver, à charge d'en imputer la valeur sur sa part, suivant estimation préalable : ce faisant, les époux prévoient un mode particulier de règlement des droits que le dernier mourant pourra faire valoir dans la communauté. A Paris, les notaires donnent la rédaction suivante à cette clause, qui, d'ailleurs, ne porte généralement que sur les meubles : « Le survivant des futurs époux aura la faculté de conserver pour son compte le mobilier prisé en l'inventaire, par imputation sur ses droits dans la communauté et dans la succession de l'époux prédécédé, et pour l'estimation qui en aura été faite audit inventaire ». M. Amiaud suggère une autre formule (1) : « Le survivant aura le droit de conserver pour son propre compte telle autre partie des meubles et objets mobiliers qu'il lui plaira de choisir, et même la totalité desdits meubles

(1) *Traité formulaire général du notariat*, t. I, p. 660.

meublants et objets mobiliers, si bon lui semble, sans que les représentants de l'époux prédécédé puissent en exiger la vente : ledit survivant devra tenir compte à la masse ou faire imputation sur ses droits de la valeur des meubles et objets ainsi conservés par lui, d'après l'estimation qui en sera faite dans l'inventaire ».

La stipulation est essentiellement variable et peut avoir pour objet des immeubles ; mais la principale application se rencontre en matière de fonds de commerce. La « *clause commerciale* » est devenue de style dans de nombreux contrats de mariage, autorisant « le conjoint survivant à garder pour son propre compte le fonds de commerce ou l'établissement quelconque que les conjoints exploiteront et qui pourrait dépendre de la communauté au moment du décès de son époux, à la charge de verser dans la communauté la valeur du fonds ».

On ne saurait contester le caractère licite de telles dispositions ni leur validité à titre de simples conventions de mariage, car elles sont des clauses de partage inégal, rentrant sans difficulté dans le domaine de l'article 1520.

Normalement, les deux époux devraient avoir sur la masse commune des droits identiques. Si l'un d'eux peut invoquer une faculté qui fait défaut à l'autre, il se présente comme copartageant favorisé, jouissant d'une situation préférable : dans ces conditions, l'égalité est rompue. Mais comme le Code permet expressément l'attribution d'une portion supérieure à la moitié, il autorise *a fortiori* l'avantage moins grave, qui se réduit au privilège de prendre en nature quelques biens de choix, après estimation, sans que la valeur du lot de l'autre époux en soit diminuée. La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais cherché à voir des libéralités dans de telles opérations.

Ces clauses participent à la fois de la nature du préciput

et du forfait de communauté : elles se rapprochent du premier en tant qu'elles consistent en un prélèvement avant partage, avec attribution exclusive au survivant, — et du second, comme donnant droit en retour à une certaine somme d'argent, fixée généralement d'avance, destinée à indemniser les héritiers du prémourant. Mais elles constituent une modalité distincte, car elles permettent à l'époux désavantagé de toucher, sans courir le moindre aléa, la valeur monnayée des biens non compris au partage.

Ces stipulations répondent à une utilité évidente, car le partage d'une exploitation ou d'un fonds — tel qu'il est réglé au titre des successions — serait le plus souvent désastreux. A l'inopportunité d'une liquidation forcée, au moment où le survivant est privé du concours de son conjoint, il faudrait ajouter les multiples inconvénients du partage en justice, s'il y a des héritiers mineurs (C. civ., art 466, 825, 831 ; P. civ., art. 978).

Ajoutons que la clause est aussi intéressante, appliquée au droit au bail d'une exploitation rurale.

Quant à l'estimation, il n'est pas douteux que les parties peuvent la fixer à l'avance ou convenir qu'elle sera arbitrée par des experts choisis par les époux, ou, à leur défaut, par le président du tribunal civil : en réalité, il s'agit véritablement d'une cession, d'une *vente* qu'un des conjoints fait conditionnellement à l'autre de ses droits sur un bien commun (1). Ce rapprochement et cette assimilation sont exacts au point de vue économique, mais non sur le terrain juridique : techniquement, l'attribution ne cesse pas d'être une convention matrimoniale, pour prendre le caractère d'une mutation à titre onéreux, passible d'un droit proportionnel d'enregistrement,

(1) Paris, 9 juillet 1885, D. 1886, 2, 261.

« car le droit de propriété du survivant prend son origine et son titre non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui confère ce droit, pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur » (1).

Le 16 mai 1876, la Cour de Paris a admis que cette faculté constituait un avantage matrimonial soumis à la seule condition de survie, indépendamment de l'incapacité personnelle du bénéficiaire : si, par exemple, ce dernier est frappé d'interdiction, cet état n'altère en rien la jouissance du droit d'option ; mais l'exercice en est confié au tuteur, après autorisation du conseil de famille (2).

La jurisprudence a dû s'occuper à plusieurs reprises de déterminer le moment où doit se faire l'évaluation, quand le contrat de mariage ne porte pas d'estimation ; souvent, le survivant continue, après le décès de son conjoint, l'exploitation de l'établissement, sans qu'il n'y ait liquidation ni partage immédiats. Il a été jugé que la valeur devait s'apprécier à la dissolution de la communauté et non à la liquidation. Cette solution se justifiait d'autant plus, dans l'espèce en cause (3), que le survivant avait entrepris « des opérations personnelles, résultant de ses aptitudes toutes particulières et d'une exploitation qui lui était propre ».

Alors que tous ces principes semblaient définitivement acquis, une question nouvelle a commencé à se poser au cours de l'année 1900, et pour la première fois, devant le tribunal de la Seine : la faculté de conserver, accordée au survivant, entrave-t-elle le droit de disposition qui appartient au mari sur les effets de communauté ? Il s'agissait d'un fonds de com-

(1) Chambre civile, 7 avril 1856, S. 1856, 1, 538.

(2) S. 1876, 2, 173.

(3) D. 1893, 2, 465.

merce, tombé en communauté du chef du mari et frappé de la « clause commerciale ». Au cours du mariage, le mari avait formé avec un tiers une société en nom collectif et apporté son établissement avec stipulation qu'à sa mort, son associé deviendrait seul propriétaire de tout l'actif social, à charge de tenir compte aux ayants cause du défunt des droits leur revenant, selon un mode de calcul déterminé. Le tribunal et la Cour de Paris, ainsi que la Cour de cassation (1), ont décidé que « le mari avait pu valablement disposer d'un bien de communauté et que les parties, en envisageant un mode éventuel de règlement pour le cas où il existerait, au décès du premier mourant, un établissement en comportant l'application, n'avaient pas eu l'intention de rendre un tel fonds inaliénable... » ; de plus, il faut tenir compte de l'article 1388, qui interdit de diminuer les pouvoirs du mari, chef de la communauté. Les attendus laissent d'ailleurs prévoir la possibilité d'une solution différente, si les juges du fait reconnaissaient que « la disposition faite par le mari du fonds de commerce a eu uniquement pour but de faire fraude aux droits de la femme survivante, prévus au contrat de mariage ». Il faut croire que l'espèce excluait toute intention suspecte, car on peut s'étonner de voir le mari conserver, de son vivant, la direction d'une exploitation de communauté pour céder, à sa mort, sa part d'intérêt à un co-associé, sans permettre à son épouse de se substituer à ses lieu et place.

Nous trouvons aussi une décision rendue sur la clause commerciale en matière fiscale (2). Le contrat de mariage accordait au survivant différents droits, entre autres : « s'il dépend de la communauté des droits dans une société com-

(1) D. 1905, 1, 33 ; S. 1904, 1, 137.

(2) Tribunal de Lille, 27 décembre 1900, S. et P. 1903, 2, 119.

merciale, celui de conserver cette part d'intérêts, à la charge de tenir compte aux héritiers du prédécédé du montant de ses droits dans l'avoir social ».

Le jugement a décidé que l'acte constatant la réalisation de cette clause n'est point passible du droit proportionnel, attendu que c'est « le contrat de mariage et non une convention avec les héritiers de son mari, qui fait que la dame X... est propriétaire des droits de la communauté dans la société et attendu que l'insertion dans l'acte de société de la clause réservant les droits de la dame X... n'est qu'un moyen d'assurer l'exécution du contrat de mariage et non le titre unique consacrant son droit ».

Jusqu'ici, nous avons supposé la clause commerciale fonctionnant lors du partage de la communauté : mais elle peut être tout aussi bien insérée au profit de la femme renonçante : restera-t-elle alors une convention de mariage, entre associés ?

Le tribunal de Coulommiers, le 8 mai 1903, a déclaré que si la femme renonçait à la communauté, tout en usant de cette stipulation, elle n'acquerrait pas un bien commun, mais un bien propre de la succession de son mari : « Attendu que la renonciation de la femme a pour effet de lui faire perdre tous ses droits sur les biens dépendant de la communauté, dont le mari est censé avoir toujours été propriétaire et que lorsque la femme, après avoir renoncé, est attributaire d'un bien propre au mari, comme ayant dépendu de la communauté, elle ne peut être censée avoir acquis personnellement *ab initio* ce bien sur lequel elle ne possède aucun droit de co-propriété ; que l'attribution faite à son profit constitue alors une stipulation entre personnes non associées, présentant les caractères d'une dation en paiement ou d'une vente » (1) : dans cette

(1) S. et P. 1906, 2, 23.

hypothèse, il n'y a donc ni convention de mariage ni libéralité, mais une véritable mutation à titre onéreux, dont le prix est représenté par la valeur estimée.

Une note, qui suit cette décision, l'approuve pleinement, et se plaît à rapprocher la clause litigieuse de l'attribution de préciput à la femme renonçante : dans les deux situations, il y a transfert de propriété, passible d'un droit fiscal, avec cette seule différence que, dans la seconde, le droit de mutation par décès est applicable.

Nous nous contenterons de faire remarquer que cette assimilation, pour être ingénieuse, ne vaut plus aujourd'hui, où la jurisprudence, favorable à tous les avantages matrimoniaux, se refuse à voir une libéralité dans le préciput accordé à la femme renonçante (1). Il est vrai que cette dernière conséquence n'a été admise qu'en matière civile ; nous constaterons en effet que l'Administration a toujours refusé de traiter en convention de mariage le préciput improprement dit : elle fait donc preuve d'une certaine symétrie en soumettant au droit de mutation les deux avantages matrimoniaux dont peut bénéficier une femme renonçante.

Pour terminer, nous signalerons un jugement du tribunal de Gand, en opposition complète avec la jurisprudence française sur la clause commerciale. Il a décidé (2) que le contrat de mariage accordant au survivant le droit de reprendre, sur estimation, tous les biens dépendant de la communauté universelle, ou partie de ceux-ci, ne saurait avoir effet qu'en ce qui concerne la quotité disponible de la succession de l'époux décédé : « Attendu qu'il résulte de la tradition, des travaux préparatoires du Code et de la nature même de la réserve que

(1) Cour de Paris, 12 avril 1900, D. 1903, 2, 159, et notre thèse, *supra*, p. 113.

(2) S. 1906, 4, 33.

celle-ci doit être fournie en corps héréditaires ; qu'admettre l'exercice du droit d'option sur les biens compris dans la réserve serait permettre au disposant de substituer à sa succession une succession de toute autre nature et aller à l'encontre de la volonté du législateur ». Le survivant ne peut donc prendre les biens communs sur estimation que jusqu'à concurrence de la quotité disponible de la succession du prédécédé, puisque les héritiers peuvent exiger leur réserve en nature, au lieu de s'en contenter en argent.

Nous ne pouvons approuver un tel jugement : la clause n'est qu'une variante du partage inégal prévu par l'article 1520 ; elle ne peut donc constituer une libéralité, même pour partie, et elle vaut, sans restriction, comme convention de mariage, du moment où le droit du survivant ne porte que sur des biens communs.

Toutes ces considérations suffisent à nous convaincre que la « clause commerciale » n'est au fond qu'un minime avantage matrimonial : sa nature onéreuse ne pouvant être contestée, nous nous dispenserons, au cours de cette étude, de revenir sur cette modalité.

CHAPITRE VI

ÉTUDE CRITIQUE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE

Nous nous sommes contenté, jusqu'ici, d'énumérer sommairement et impartialement les différentes opinions doctrinales et les multiples décisions jurisprudentielles qui intéressaient la nature juridique des avantages matrimoniaux. A ce point de notre étude, il nous faut prendre parti dans la longue controverse que nous avons ébauchée et chercher à nous appuyer sur des éléments décisifs. Mais une conclusion dans ce débat suppose une appréciation critique préalable de toutes les théories qui se sont fait jour sur la question : nous ne pourrions donc faire œuvre utile et éclairée qu'en mettant minutieusement en balance les divers arguments et les objections essentielles, relatifs à chaque système. Nous nous efforcerons d'ailleurs de faire cet examen exégétique à la lumière des traditions historiques perpétuées dans notre Code, et conformément à l'esprit du législateur, tel qu'il ressort des solutions positives, tel qu'il se dégage de l'économie générale de notre communauté, et tel qu'il s'impose par nécessité.

Nous nous proposons d'englober dans une critique unique l'œuvre des auteurs et des tribunaux. Sans doute avons-nous remarqué, en doctrine, une manière de voir quasi-unanime et demeurée fidèle à son point de départ, alors que nous relevions dans les recueils d'arrêts une évolution systématique, qui devait faire passer d'une interprétation restrictive à l'excès à une appréciation extensive à l'infini. Malgré cette divergence,

nous ne séparerons pas le domaine théorique et le domaine pratique, en raison des empiètements et des réactions réciproques que nous pouvons y constater. Pour procéder avec méthode, nous allons commencer à réfuter l'idée généralement mise en avant pour expliquer et justifier l'originalité du traitement appliqué aux avantages matrimoniaux. Puis nous reprendrons en détail chacune des conventions de mariage et nous nous efforcerons de faire ressortir mieux encore l'insuffisance de la fameuse *fiction légale*, en critiquant les résultats où cette notion a conduit la doctrine et la jurisprudence.

A. — *Critique générale de la théorie courante
de la fiction légale*

Nous savons qu'en principe les conventions matrimoniales sont *considérées* par la loi comme des actes à titre onéreux, les articles 1516 et 1525 faisant une application de cette idée au préciput et à l'attribution des acquêts de communauté. En scrutant ces dispositions, on a été conduit à reconnaître qu'elles n'étaient pas conformes à la nature des choses, mais explicables par le seul effet d'une création législative. Alors que la réalité exigerait l'assimilation de tels avantages à de véritables libéralités, quand ils sont consentis sans prestation équivalente, le Code a cru utile et sans danger de leur refuser ce traitement approprié, pour les regarder comme des conventions de mariage entre associés. Nous trouvons la consécration de cette théorie dans une note de M. Bourcart (1), qui a fort bien résumé et condensé les différents arguments militant en ce sens. Il commence de poser le principe suivant : *Tous les avantages en capitaux entre époux sont acquis à titre*

(1) Note sous S. 1892, 2, 9.

gratuit; et il l'illustre par un exemple saisissant : une femme sans fortune épouse un homme qui apporte, en l'absence de contrat, 100,000 francs de valeurs mobilières. A la dissolution de la communauté, le partage s'effectue par moitié et la femme touche 50,000 francs. On ne saurait soutenir qu'elle a fait cette acquisition à titre onéreux, car elle n'a fourni ni équivalent, ni compensation, ni contre-partie ; elle n'a rien déboursé en échange. Si on traite ce bénéfice comme une disposition onéreuse, on méconnaît la réalité et un tel agissement n'est légitime que s'il s'appuie sur un texte positif, créant une sorte de *fiction légale*. Cette expression commode se trouve pour la première fois dans Laurent (1) ; elle semble d'ailleurs conforme à la lettre des articles 1516 et 1525 : « Le préciput n'est point regardé comme... Cette stipulation n'est point réputée... », terminologie qui paraît impliquer une décision arbitraire du législateur (2).

Forts de cette consécration, les juristes se sont ingénies à trouver une double justification à cette fiction : ils considèrent que les clauses de communauté visent le plus souvent, dans leur gratuité apparente, à rétablir entre les fortunes des conjoints un équilibre compromis par la diversité des apports respectifs ; l'exacte proportionnalité entre les mises de chacun semblant irréalisable, il est impossible d'exiger une égalité absolue entre époux ; d'autre part, les principaux intéressés ne sont aucunement lésés par cette mesure, puisque leur qualité d'enfants et d'héritiers communs leur permet de retrouver dans une succession ce qu'ils perdent dans l'autre. (C'est en raison de la différence de situation qu'au cas de remariage, la réalité reprend son empire et que l'on retombe dans le domaine des libéralités.)

(1) Laurent, ouvrage cité, t. XXIII, p. 350.

(2) Cf. notre thèse, *supra*, p. 85.

Nous ne saurions admettre cette manière de voir, en raison même de son caractère factice : il nous semble trop contraire aux principes du droit de dénaturer aussi aisément les stipulations matrimoniales, sous le couvert d'une étiquette que l'on improvise et sous la poussée de nécessités pratiques qu'on ne peut éluder. Que vient faire ici l'idée de fiction légale ? Car enfin, de deux choses l'une : ou les avantages matrimoniaux constituent, en soi, des libéralités, et il faut leur réserver un traitement *ad hoc*, ou ils n'ont aucune allure gratuite, et ils rentrent dans les conventions ordinaires de mariage ! Mais au lieu de répondre à ce dilemme, on en sort par une manière d'escamotage juridique : sans doute — nous dit-on — ces dispositions ne sont-elles, au fond, que des libéralités ; mais il n'y a aucun inconvénient à les considérer comme opérations onéreuses. On n'avoue pas qu'on y trouve surtout le bel avantage d'éviter l'impasse où conduirait une logique rigoureuse : partis de l'idée de gratuité des conventions matrimoniales, les auteurs auraient dû appliquer toutes les règles de fond des donations entre époux, évaluer le quantum de chaque avantage consenti par un conjoint, et établir une véritable balance, incompatible avec le principe même de la communauté. Devant cette impossibilité pratique et juridique, ils ont eu la seule ressource d'imaginer l'idée de la fiction légale, qui couvre en bloc toutes les conventions matrimoniales, pour les assimiler à de simples arrangements entre associés, sans faire la part des libéralités qui peuvent s'y trouver contenues : ce faisant, « on a trouvé le bénéfice de simplifier beaucoup des rapports toujours trop complexes » (note Planiol précitée) (1).

Il est vrai qu'on prétend s'appuyer avec beaucoup d'autorité sur le libellé même des articles 1516 et 1525. Mais cet argu-

(1) Cf. Note sous D. 1891, 2, 353.

ment littéral ne saurait nous séduire : pour l'utiliser, on est forcé de traduire les expressions « n'est point regardé... n'est point réputé... » par la périphrase « est réputé ne pas être... un avantage à titre gratuit ». Il nous semble au moins aussi naturel d'interpréter ces formules dans un sens opposé : en disant que la stipulation n'est pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, le législateur affirme simplement qu'elle n'est *pas présumée à titre gratuit* ; qu'il n'y a pas lieu de la dénaturer ; qu'elle conserve en principe son caractère onéreux, à moins de preuve contraire. Nous pouvons d'ailleurs invoquer en ce sens l'allure même de l'article 1527 (alinéas 1 et 2) qui laisse aux époux pleine liberté pour régler leurs conventions matrimoniales, sauf en cas de présence d'enfants d'une autre union : s'il était entré dans les vues des rédacteurs du Code de se prononcer pour la nature gratuite des avantages matrimoniaux et pour la fiction, ils trouvaient l'occasion de poser dans ce texte une formule générale, tranchant la question : au lieu de prendre cette attitude hostile, ils se sont montrés très favorables à ces stipulations entre époux.

Mais nous nous reprocherions de trop insister sur de tels arguments de texte, car il ne nous semble pas que le Code ait cherché à se prononcer expressément dans le débat qui nous occupe. Il pouvait d'ailleurs s'en dispenser — et c'est la raison de son quasi-mutisme — en présence des traditions coutumières si vivaces en 1804. Nous avons vu en effet que notre ancien droit était bien fixé sur la nature des avantages matrimoniaux dérivant de la communauté : alors que, durant plusieurs siècles, il n'avait pas aperçu la nécessité de s'occuper de telles stipulations, inhérentes au régime, il finit par remarquer le danger spécial dont elles menaçaient les enfants d'un premier lit et les fit tomber sous le coup de l'Edit des secondes noces. Mais en dehors de cette hypothèse, il continuait, au

cas normal de mariage unique, à s'en tenir à la coutume et à ne voir dans ces avantages possibles que des conventions ordinaires entre associés ; au lieu de les faire rentrer dans le cadre des libéralités, il leur conservait la nature onéreuse que leur avait reconnue une longue pratique. On peut tout au plus relever chez quelques auteurs une certaine crainte des bénéfices excessifs ; cette appréhension, fort naturelle dans une législation prohibitive des donations entre époux, n'a pu cependant aboutir à un traitement rigoureux de ces avantages entre conjoints.

L'ensemble des textes du Code civil nous montre l'idée très nette du législateur de perpétuer ces traditions bien assises. Les articles 1496 et 1527, qui ne se comprennent qu'à la lumière de l'article 1098, sont d'inspiration coutumière ; leur combinaison a pour conséquence l'assimilation des avantages matrimoniaux aux libéralités véritables, dans le cas exceptionnel de secondes noces, mais, sortis de cette situation, nous retrouvons la nature onéreuse de ces conventions ; et nous devons l'admettre aujourd'hui avec d'autant plus de facilité que notre législation autorise les donations entre époux, révocables et limitées à un certain disponible. S'il arrivait qu'en fait la communauté contribuât à l'enrichissement d'un conjoint, nous n'aurions aucune raison d'y voir une libéralité, puisque nos anciennes coutumes couvraient de toute leur faveur de tels arrangements de mariage, malgré leur hostilité déclarée à l'égard des autres opérations gratuites entre époux.

Si l'on poussait d'ailleurs plus loin l'analyse des textes, en particulier des articles 1516 et 1525, on trouverait mieux affirmée encore la volonté du législateur : en définissant la nature du préciput et de l'attribution totale des acquêts de communauté, il n'a pas procédé à la légère ni au hasard ; mais il s'est occupé des deux avantages qui lui paraissaient

le plus exorbitants, le premier, en raison de son caractère illimité; le second, à cause de son caractère vexatoire, aboutissant à la spoliation possible des héritiers d'un époux. On nous répondra peut-être que l'article 1516 n'a pu avoir ce but, attendu qu'il fut copié maladroitement sur un texte de Pothier; nous le concédons, mais on reconnaît par là même que la lettre et l'esprit du Code sont conformes à notre tradition coutumière qui, elle, n'est pas douteuse. On ne s'arrête pas dans cette voie et l'on soutient que le préciput ne saurait être excessif : « il ne doit comprendre qu'une faible partie de la masse commune, n'être qu'une prélibation, constituer une clause nettement distincte de celle prévue par l'article 1525 et non pas un moyen de tourner la très grave restriction contenue dans cet article » (1). Nous nous contenterons de répliquer que cette limitation étroite de la sphère d'application du préciput est purement imaginaire.

Quant à l'article 1525, on nous objecte qu'il est loin de viser la clause de plus grande inégalité, puisqu'il autorise la reprise des apports de l'époux défavorisé? Mais nous avons vu que la jurisprudence dernière ne faisait pas de cette réserve la condition indispensable du caractère onéreux de la stipulation.

Nous pensons avoir suffisamment démontré que les articles du Code, bien loin de militer pour la fiction légale, se retournent contre les partisans d'une telle idée. Ces subtilités de texte écartées, nous sommes pressés de nous reporter sur un terrain plus sérieux et de faire appel à d'autres arguments, tirés de la nature même des avantages matrimoniaux, et partant plus vivants et plus intéressants.

Nous avons dit qu'après avoir attribué à ces conventions une nature gratuite, la majorité des auteurs s'était plu, par

(1) Degaigne, *op. cit.*, p. 57.

une sorte de concession, à les traiter en véritables stipulations onéreuses, en invoquant deux motifs.

Elle s'appuie d'abord (1) sur la difficulté d'apprécier le montant de l'enrichissement d'un époux, en présence des fluctuations subies fatalement par la caisse commune et les patrimoines respectifs des conjoints au cours de l'union : une inégalité flagrante entre les apports primitifs est susceptible de s'atténuer ou de disparaître par la suite, grâce à des acquisitions nouvelles.

Mais il est vraiment trop commode d'éviter une estimation délicate, en pensant que l'équilibre s'établira *de plano*, pendant le mariage, entre les deux fortunes. Et d'ailleurs, une telle évaluation n'est pas impossible à faire ; il est une opération et une époque qui la favorisent : la liquidation de la communauté à la dissolution du régime ; à ce moment les droits actifs et passifs des époux se précisent et se déterminent, et un simple tableau comparatif entre la mise et la part de chacun suffit à faire ressortir le chiffre de son enrichissement.

On est heureux de constater aussi que cette dénaturalisation, explicable par la fiction légale, est sans danger dans l'hypothèse normale de mariage unique (2). Mais ce raisonnement ne saurait nous convaincre : en logique, il conduirait à supprimer toute limitation aux libéralités entre époux et à valider pleinement les donations véritables elles-mêmes, sous prétexte que les enfants communs en acquerront finalement le montant dans l'un ou l'autre patrimoine ; on ne comprendrait même plus la révocabilité essentielle, ni la réduction à un disponible spécial. D'ailleurs, nous contestons que les descendants soient les seuls intéressés au maintien de la gratuité des avantages

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II. p. 949, et les références en note.

(2) Note de M. Bourcart, S. 1892, 2, 65, et les références doctrinales.

matrimoniaux : si l'union est stérile, les familles respectives des époux et en particulier les héritiers réservataires auront un bénéfice certain à traiter la partie enrichie en donataire, pour faire réduire son émolument à leur profit. Quant au Fisc, il trouvera toujours son compte à taxer ces dispositions comme libéralités.

Supposons même l'existence d'enfants communs : ils peuvent très bien être lésés, car ils ne sont pas absolument certains de recueillir dans la seconde succession ce qu'ils ont perdu dans la première ; il suffit qu'ils acceptent l'une et répudient l'autre ; de plus, ils sont exposés à retrouver amoindrie la valeur qui leur échappe momentanément ; l'époux survivant peut dissiper maladroitement ou perdre fortuitement tout ou partie de l'avantage qui lui a été consenti ; en tout cas, il en garde provisoirement la jouissance.

La deuxième raison invoquée ne nous semble donc pas plus convaincante que la première, pour expliquer ou justifier la fiction légale, car elle sacrifie des intérêts légitimes. En réalité, les partisans de cette théorie ont cherché à masquer, sous un argument de texte imaginé et sous un double motif également insuffisant, des considérations décisives et inéluctables.

C'est précisément sur ce point capital que nous voulons insister : frappée de l'originalité que présente l'association conjugale, toute d'intimité, s'accompagnant d'une communauté, la doctrine a dû reconnaître que le caractère gratuit des avantages matrimoniaux n'apparaissait pas à l'état aussi juridiquement pur que dans les libéralités ordinaires ; elle n'a pu ignorer la réalité des choses qui s'oppose à l'assimilation complète des stipulations de mariage aux véritables donations ; et, pour rester fidèle à son point de départ, elle a créé de toutes pièces l'idée de fiction légale. C'est donc sous

l'inspiration et la pression de considérations tenant à l'essence même de la communauté, qu'elle n'a pu s'en tenir à la nature gratuite des avantages matrimoniaux : elle avoue ainsi que sa manière de voir originaire est superficielle et insuffisante, puisqu'elle la corrige ou l'annihile aussitôt à l'aide d'éléments intrinsèques à la question. Dans ces conditions, ne vaut-il pas mieux refuser franchement et sans détour tout caractère gratuit aux avantages matrimoniaux ? On arrivera sans doute ainsi à des résultats généralement identiques à ceux de la théorie courante, mais on a le mérite de procéder avec plus de logique, tout en respectant la vérité économique et juridique.

D'ailleurs, nous pouvons nous étonner légitimement de voir les auteurs étendre avec pareille facilité une idée d'interprétation aussi étroite que celle de fiction. En l'absence de textes, nous disent-ils, les avantages matrimoniaux seraient aveuglément traités en libéralités. Mais le Code ne vise expressément que les clauses de préciput et d'attribution totale (art. 1525), et il est abusif de faire le même sort à l'ameublement, à la communauté universelle et au partage inégal. Peut-être les motifs de décider sont-ils les mêmes et une solution identique s'impose par un raisonnement *a fortiori*. Il n'en reste pas moins vrai qu'une création arbitraire du droit positif ne saurait être admise en dehors de textes formels, même en vue d'un résultat désirable. Quant à l'argument *a fortiori*, il ne peut se concevoir que dans l'esprit des rares auteurs, appliquant la réserve d'apports de l'article 1525 à toutes les stipulations prévues dans l'article 1520. Or, nous avons vu que la majorité de la doctrine repoussait cette extension ; par suite, l'article 1525 est loin de régir la clause la plus exorbitante : dans cette hypothèse, l'époux le moins favorisé est toujours assuré de reprendre intégralement ses apports, alors que les simples conventions de partage inégal

peuvent très bien gratifier un conjoint des capitaux tombés en communauté du chef de l'autre.

A ce point de vue de stricte technique juridique, la thèse de M. Degaigne, variante de la théorie courante, ne nous semble pas mériter le même reproche, puisqu'elle se refuse à étendre la fiction légale en dehors des articles 1516 et 1525 : cette méthode, logique et scientifique, le conduit à appliquer les règles des donations entre époux par contrat de mariage à tous les avantages matrimoniaux non prévus formellement par des textes. On peut seulement critiquer le point de départ de cette opinion (qui procède de la nature gratuite des stipulations en cause) et l'exception apportée par l'auteur en faveur de la communauté légale : il ne nous apparaît pas que les rédacteurs du Code aient entendu absolument refuser tout effet gratuit au régime légal ; celui-ci peut à la rigueur s'accommoder d'un tel caractère, comme le prouve l'article 1496 au cas de secondes noces.

Si nous revenons à la doctrine générale, nous pouvons lui adresser une nouvelle critique tenant à son défaut de cohésion et d'unité. Bien que la plupart des juristes opinent pour l'idée de fiction légale, comme explication du traitement imposé aux avantages matrimoniaux, on relève certaines divergences importantes : les auteurs se montrent plus ou moins hostiles aux conventions de mariage, quelques-uns voyant des libéralités pour partie ou pour le tout dans les clauses affectant à la fois les acquêts et les apports ; les autres, plus nombreux, réservant leur sévérité pour l'attribution totale et absolue de l'article 1525. Les mêmes fluctuations se retrouvent d'ailleurs en jurisprudence. Selon nous, une telle incertitude est une fissure qui infirme quelque peu le principe qui sert de base à ce système : ce résultat était d'ailleurs fatal, avec une méthode qui substitue la fantaisie d'interprétation au commentaire strict d'un texte exorbitant.

De plus, on est arrivé à repousser tant de conséquences de la gratuité soi-disant conforme à la nature des avantages matrimoniaux, que ces derniers ont fini par être presque complètement assimilables à des conventions onéreuses. Les dérogations étant à peu près aussi nombreuses que les stipulations elles-mêmes, l'idée de libéralité est devenue lettre morte, au point qu'on ne sait plus où sont les exceptions, et où est le principe, celui-ci débordé par celles-là. Dans ces conditions, nous jugeons impossible de nous rallier à cette thèse de la fiction légale, parce que la base en est faussée dans les applications pratiques les plus fréquentes.

B. — *Critique détaillée des solutions admises à l'occasion de chaque avantage matrimonial*

Nous ne saurions nous contenter de repousser comme insuffisante la doctrine couramment admise et de faire œuvre simplement négative : il nous faut chercher à substituer à l'idée purement imaginée de fiction légale une notion cadrant mieux avec l'esprit même de notre communauté, puisque le principe et l'essence de ce régime sont directement en cause. L'examen critique de chaque avantage matrimonial, repris en particulier, nous conduira à déterminer, de façon positive, la nature et le traitement qu'il convient de reconnaître à toutes les conventions de mariage ; nous pourrons ainsi, dans une conclusion conforme, échafauder un système d'ensemble, étayé sur les diverses considérations que nous aurons préalablement dégagées.

SECTION PREMIÈRE. — Communauté légale

Nous ne pensons pas qu'on puisse se préoccuper sérieusement des bénéfices qu'un époux peut retirer de la communauté

légale. Le législateur serait mal inspiré de reprocher aux conjoints le choix d'un régime qu'il leur a proposé, sinon imposé, comme répondant le mieux aux intérêts et aux exigences de l'association conjugale. On aurait pu cependant pousser la logique jusqu'à généraliser le raisonnement que Pothier réservait au cas de secondes noces : l'adoption du régime de droit commun n'est que le résultat d'une *convention tacite*, puisque les époux se soumettent volontairement aux règles légales au lieu de s'en écarter ; il n'y a donc aucune raison pour repousser la possibilité d'un enrichissement gratuit dans cette hypothèse. Mais on n'a pas osé, en doctrine ni en jurisprudence, s'inquiéter de ces avantages éventuels, en dehors d'un remariage (art. 1496), et nous estimons qu'il ne pouvait en être autrement, sous peine de tomber dans l'incohérence.

SECTION II. — **Clauses relatives à la composition de la masse commune** (1)

a) **Clauses restrictives**

Bien que ces stipulations, de plus en plus répandues, procèdent d'un principe égalitaire et tendent à diminuer les chances d'enrichissement entre époux, il est évident qu'elles peuvent rompre l'équilibre désirable entre les fortunes des conjoints : quoique la nature de ces conventions soit essentiellement onéreuse, il est regrettable que la généralité des auteurs n'ait pas cherché à prévenir des abus possibles, au cas où la consistance et le montant respectifs des patrimoines ne justifieraient pas ces modalités. Selon nous, il

(1) Nous nous excusons de reprendre, dans chaque chapitre, toujours la même énumération des différentes clauses de communauté conventionnelle : cette répétition nous semble nécessaire, dans un but de clarté et de précision.

convient d'admettre un correctif, que nous dégagerons plus tard. Ici, nous ferons seulement remarquer que la *communauté réduite aux acquêts* devra échapper à toute suspicion, puisqu'elle ne peut aboutir qu'à des avantages en *revenus*.

b) *Clauses extensives*

§ 1^{er}. — *Ameublissement*

On doit s'étonner de voir la doctrine (Pothier excepté) n'apporter aucune limite aux avantages excessifs que peut entraîner cette convention, car l'augmentation de la masse commune facilite les enrichissements entre époux. On ne prend même pas la peine d'expliquer cette indifférence qu'on trouve fort naturelle ; seul M. Degaigne a tenté une réaction contre cette liberté trop absolue (1). Partisan de la fiction légale, d'application stricte, il refuse de l'invoquer pour couvrir les aliénations dépassant celles que comporte la communauté légale : l'ameublissement, qui est dans ce cas, doit être traité conformément à sa nature gratuite (2).

Bien que nous ne nous rallions pas à l'opinion de M. Degaigne, nous nous plaisons à constater sa volonté de parer au danger de l'ameublissement ; il a eu seulement le tort de passer d'un extrême à l'autre, en traitant de façon aveugle et absolue cette clause en libéralité. Selon nous, il convient de reconnaître à l'ameublissement le caractère normal de convention de mariage, largement tolérée, au même titre et pour les mêmes raisons que la réalisation ou la séparation de dettes. Sans doute, les auteurs arrivent-ils sensiblement à ce même résultat, mais ils ne justifient pas leur solution et n'évitent pas des abus qui, pour être exceptionnels, n'en sont pas moins pos-

(1) Thèse citée, p. 51.

(2) Cf. *supra*, p. 103 et 104.

sibles. Quant à nous, nous essaierons de poser plus loin une limite à la liberté des avantages matrimoniaux, applicable à l'ameublement.

§ 2. — *Communauté universelle*

En convenant que tous les biens, meubles et immeubles, présents et à venir, tomberont en communauté, les époux ont la facilité de masquer entre eux les plus grands avantages. Et cependant on s'accorde à considérer cette stipulation comme onéreuse, quelque compréhensive qu'elle soit. Il est vrai que la crainte de voir tourner les règles restrictives des donations a conduit, en 1843, la jurisprudence, suivie par la généralité de la doctrine, à admettre un correctif fort intéressant : nous savons, en effet, que la communauté universelle vaut comme *libéralité déguisée* toutes les fois que les documents et les circonstances de la cause prouvent chez les parties un *animus donandi* manifeste.

Nous ne saurions trop approuver un tel critérium, qui se justifie pleinement : s'il résulte clairement que ce régime n'a été consenti par un des conjoints que dans le but d'enrichir l'autre, la stipulation doit être traitée conformément à sa destination, c'est-à-dire en libéralité ; dans cette matière, l'intention des contractants est essentielle et capitale : le juge et l'interprète doivent la scruter et se baser sur elle, notre législation ayant cessé d'être formaliste. Nous souscrivons d'autant plus facilement à cette manière de voir, que nous nous proposons de l'étendre à tous les avantages matrimoniaux.

De leur côté, MM. Rodière et Poët (1) ont proposé un autre *distinguo*, tout à fait objectif : il suffirait, pour qu'il y ait libéralité, de constater le fait matériel de l'inégalité de fortune des conjoints. Mais un tel système est d'une rigueur trop

(1) *Op. cit.*, III, n° 1360.

mathématique : sans doute est-il consacré par l'article 1527 au cas de secondes noces, où l'on ne tient compte que du résultat, indépendamment de la volonté des parties ; mais il se justifie, dans cette hypothèse, par le souci, poussé à l'extrême, d'assurer la plus grande protection des enfants d'un premier lit, et il s'appuie sur un texte formel. Au contraire, il devient inadmissible au cas de mariage unique, car il est incompatible avec l'esprit même de notre communauté, réfractaire à de tels calculs : nous avons montré que ce régime ne présupposait nullement une balance exacte entre les apports respectifs des conjoints, mais comportait un certain aléa de gains ou de pertes, inhérent à la confusion de deux patrimoines.

Le critérium subjectif nous semble plus équitable, plus juridique, et conforme à la méthode générale d'interprétation des contrats, posée par l'article 1156. Nous reconnaissons seulement que l'appréciation laissée aux tribunaux sera souvent délicate. M. Thiébot (1) craint que la latitude laissée aux juges ne tourne à l'arbitraire ! Mais ceux-ci devront s'entourer de tous les éléments de décision possibles et, dans le doute, ils s'en tiendront au principe de droit commun, qui traite en conventions de mariage de telles opérations ; le plus souvent, le déguisement sera révélé par la mise en communauté de presque tous les biens d'un époux, alors que l'apport de l'autre est infime, fictif ou nul.

SECTION III. — **Clauses consacrant une inégalité dans le partage de la communauté**

a) **Préciput accordé à la femme renonçante**

Nous avons vu que la doctrine admettait généralement la nature onéreuse de cet avantage, alors que la jurisprudence ne s'était ralliée à cette manière de voir que relative-

(1) Thèse citée, p. 162.

ment tard. Selon nous, il y a lieu d'approuver pleinement ce système : la gratuité doit être repoussée, en supposant même que l'exécution du préciput se produise tant sur les biens de communauté que sur ceux du mari. L'article 1516 en effet ne distingue pas selon l'option de la femme, et la renonciation ne fait que consacrer juridiquement la confusion matérielle qui s'était fatalement établie, durant le régime, entre le patrimoine du mari et la masse commune. L'épouse est créancière personnelle de son mari : elle a droit — quoiqu'il arrive — à l'émolument intégral de son préciput, et peu importe l'origine des biens sur lesquels portera son droit.

Le préciput doit donc toujours être traité comme une convention de mariage : nous n'admettons d'exceptions à ce principe qu'en présence de deux textes formels : article 1518 et 1527. Le premier article supprime le droit au préciput pour l'époux, contre qui ont été prononcés le divorce ou la séparation de corps : il assimile donc cette disposition aux libéralités ordinaires, pour la soumettre à une sorte de révocation pour ingratitude. Nous savons que l'article 299, qui fait tomber tous les avantages — au sens large — consentis à l'époux coupable, a soulevé une controverse, relative à son étendue d'application : quelque parti que l'on prenne, que l'on soit pour l'interprétation large ou restrictive (comme nous), il est certain qu'au point de vue spécial de cette révocation, le préciput est considéré comme une opération gratuite, puisqu'un texte particulier vient le réglementer.

Dans une seconde hypothèse déterminée (art. 1527), le préciput est, comme tous les autres avantages matrimoniaux, imputable sur le disponible de l'article 1098, en présence d'enfants d'un premier lit.

Mais dans tous les autres cas, le préciput doit rester une convention matrimoniale onéreuse.

b) *Clauses de partage inégal proprement dites*

Il est tout d'abord un point certain, malgré le silence de la loi : du moment où un époux effectue la reprise entière de ses apports, peu importe qu'il soit privé de tout droit dans le partage des acquêts ou qu'il ne touche qu'une part inférieure à la moitié ; la convention n'est jamais une libéralité, l'article 1525 est formel.

Mais, dans l'hypothèse inverse, pouvons-nous faire un raisonnement symétrique et confondre dans un traitement unique les clauses de partage inégal affectant à la fois acquêts et apports : en d'autres termes, l'exclusion de la reprise de ces derniers biens transforme-t-elle en avantages gratuits toutes les attributions de communauté, qu'elles soient totales ou partielles ? L'article 1525 a-t-il uniquement en vue d'éviter la spoliation complète des héritiers d'un époux, ou donne-t-il une solution rationnelle, applicable à toutes les stipulations de partage inégal ? En un mot, ces diverses conventions se distinguent-elles par des différences de degré ou de nature ? Pour prendre parti dans cette controverse, nous ne pouvons qu'emprunter à M. Wahl la méthode d'une logique parfaite, qu'il a posée dans sa remarquable note (1) : « La loi étant muette, il n'existe qu'un moyen de parvenir à trancher sûrement la question ; c'est de rechercher et découvrir les considérations qui ont dicté au législateur la restriction contenue dans l'article 1525 ; il sera très facile ensuite de voir si ces considérations peuvent être également invoquées pour les clauses prévues par les articles 1521 et 1522 ».

§ 1^{er}. — *La réserve d'apports ne s'applique pas aux simples clauses de partage inégal*

Jusqu'en 1888, la Cour de cassation subordonnait le caractère onéreux de toutes les clauses de partage inégal à la reprise

(1) Note sous S. 1891, 1, 125.

des apports de l'époux le moins favorisé ; mais elle faisait de cette affirmation un axiome, qu'elle ne se donnait pas la peine de justifier. Guillouard (1) esquissait un essai d'explication, en montrant l'appauvrissement subi par le conjoint perdant une partie des apports, qu'il comptait légitimement retrouver à la liquidation. Quant aux acquêts ou bénéfices de communauté, aucun des époux ne peut les considérer comme faisant partie de son patrimoine propre, en raison de leur origine et de leur affectation : ils n'ont donc pas de droit acquis sur ces biens, dont ils peuvent être privés sans spoliation.

On insistait en montrant que l'extension de la réserve de l'article 1525 répondait au vœu du législateur : c'est à dessein qu'il a placé toutes les conventions dérogeant à l'égalité du partage dans une même section, sous une rubrique unique : de plus, il n'a pas voulu que par le canal de la communauté, un époux puisse transmettre à l'autre de ses capitaux, au mépris des règles de la quotité disponible. Or, il est évident que ce principe serait tout aussi bien violé par une attribution partielle que totale. Enfin la fiction légale, sur laquelle repose la nature onéreuse de ces stipulations, ne porte que sur les bénéfices de la communauté et non sur les mises, (les termes de l'article 1525 le prouvent amplement).

Cette justification ne saurait nous satisfaire. Tout d'abord, la considération invoquée par M. Guillouard n'est pas fondée, car l'appauvrissement en revenus peut être plus grave que celui en capitaux : il suffit de supposer un époux dont les apports pécuniaires sont minimes, mais les aptitudes commerciales ou personnelles très développées ; s'il ne profite pas de la répartition des acquêts dans la mesure de sa collabora-

(1) Guillouard, *op. cit.*, § 1626.

tion à l'enrichissement de la masse commune, il subit un préjudice certain.

Mais le vice essentiel de ce système réside dans une distinction arbitraire entre capitaux et revenus, qui ne constitue pas la raison d'être de l'article 1525. Une telle argumentation arriverait à supprimer la possibilité même d'une communauté, car ce régime a pour conséquence de faire perdre aux biens qui tombent dans la masse la trace de leur individualité et la marque de leur origine ; ils viennent se confondre pour former un tout à consistance variable, sur lequel porteront indifféremment, à la dissolution, les droits de l'un ou l'autre époux. Chaque conjoint est fatalement dépouillé de la faculté, même éventuelle, de revendiquer ses apports *in specie*, car ils sont immédiatement frappés par la copropriété de l'autre.

Toute cette théorie repose, au fond, sur une interprétation défectueuse de l'article 1525. Il nous semble qu'en l'édicant, les rédacteurs du Code ont seulement cherché à éviter le dépouillement complet d'un époux ou de ses héritiers, car ce résultat inique leur a paru contraire à l'économie de la communauté. Il en résulte que le motif est spécial à la situation envisagée par ce texte : il n'y a plus spoliation si un conjoint touche une part quelconque dans la masse à liquider, ou si sa succession est désintéressée dans une certaine mesure de la valeur des apports tombés en communauté de son chef ; mais il n'est nullement besoin que les reprises s'exercent, ni que les droits portent exactement sur les biens provenant de l'époux prédécédé.

Si l'article 1525 tend uniquement à cette fin équitable, on peut légitimement conclure que la réserve édictée ne s'applique qu'à l'attribution totale. D'ailleurs, s'il devait en être autrement, le législateur aurait pris soin de s'expliquer et de donner une portée générale à cette reprise d'apports : il aurait

naturellement formulé cette exigence dans l'article 1520, qui pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales, au lieu de la reléguer dans l'article 1525, qui vise une hypothèse exorbitante.

Cette solution a le mérite d'être conforme à la tradition historique, décisive en la matière, et elle est corroborée par un passage de Pothier, reproduit plus haut : notre auteur coutumier n'impose pas la reprise des apports, quand les héritiers n'ont droit qu'à une somme fixe, car il n'y a là qu'« une clause et une condition du contrat de communauté » (1). — Plus tard, Duvergier, rapporteur au Tribunat, oppose, lui aussi, l'attribution totale aux autres clauses de partage inégal. « On peut convenir que la communauté sera inégalement partagée ; on peut convenir qu'elle appartiendra tout entière à l'un des époux. Toutes ces conventions laissent apercevoir leurs conséquences naturelles : les parts inégales de la communauté exigent la contribution proportionnelle dans le paiement des dettes. La communauté entière, gratuitement dévolue au survivant ou à l'un des époux seulement, donne droit aux héritiers de l'autre de reprendre ce que leur auteur avait apporté » (2). Ce texte semble subordonner l'attribution totale seule à la réserve d'apports, en se contentant d'exiger une proportionnalité entre l'actif et le passif, au cas de parts simplement inégales.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'il n'y a pas lieu de rechercher dans cette dernière hypothèse si, en fait, l'époux le moins avantagé retire au moins de la communauté l'équivalent de ses mises : un tel calcul est contraire à l'esprit du régime, le législateur ne tenant aucun compte de l'importance comparée des apports.

(1) Thèse, *supra*, p. 39.

(2) Locré, *Législation civile, commerciale et industrielle de la France ou Commentaire et complément des cinq Codes*, XIII, p. 373.

Cette manière de voir a été heureusement consacrée par la Cour suprême en 1890 ; on peut seulement regretter de ne pas trouver dans l'espèce une solution de principe posée formellement ; l'arrêt n'est explicite que sur un point : les stipulations abandonnant au survivant une part quelconque de la communauté n'ont pas le caractère gratuit, pourvu qu'elles n'affectent pas la masse tout entière. Mais on peut déduire implicitement que la nature de la clause ne varie pas, quand les héritiers de l'époux prédécédé ne sont pas autorisés à reprendre intégralement les apports de leur auteur.

La question est considérée aujourd'hui comme définitivement tranchée dans ce sens, puisqu'elle n'a plus été contestée en pratique. Par suite, la difficulté supplémentaire, qu'avaient à résoudre les partisans du système antérieur à 1890, est devenue sans objet ; il n'y a plus à rechercher dans quelle mesure une clause de partage inégal est assimilable à une libéralité, et peu importe le montant comparé des capitaux ou des acquêts, dont s'enrichit un époux : il y a toujours, le cas d'attribution totale mis à part, une *convention de mariage pour le tout*.

§ 2. — *Caractère de la réserve d'apports au cas spécial
d'attribution totale*

On peut s'étonner que cet avantage ait soulevé tant de discussions, en présence du caractère formel de l'article 1525 : ce texte semble subordonner la nature onéreuse de la stipulation à une reprise d'apports effectuée par les héritiers du prémourant ; l'absence de cette condition doit entraîner la transformation de la clause en libéralité.

Cet argument *a contrario*, qui avait séduit une doctrine quasi-unanime et inspiré à la Cour de cassation une jurisprudence conforme, a suffi pendant longtemps à clore toute

controverse sur ce point. On ne relevait que la dissidence de Troplong, quand, subitement, un arrêt de la Cour de Toulouse, du 16 février 1897, consacré par la Cour de cassation, le 2 août 1899, est venu ouvrir le débat, en refusant de voir une donation dans l'attribution totale et absolue de la communauté au survivant.

Alors que Troplong se bornait à appuyer son opinion sur l'aléa couru par chaque conjoint, la jurisprudence nouvelle invoque l'idée originale qui avait déjà servi de base à la décision du 15 décembre 1890 : la réserve des capitaux, au profit de l'époux désavantagé, est une pure *faculté* accordée par *interprétation de la volonté des parties*, mais non pas une condition *sine qua non* du caractère onéreux de la stipulation. Le législateur n'oblige pas les parties à insérer expressément cette reprise d'apports au contrat de mariage ; en cas d'oubli de leur part, les héritiers du prédécédé auront toujours le droit de l'effectuer, car il serait injuste de dépouiller un conjoint de toute participation aux bénéfices de la communauté. Mais si, en connaissance de cause, cette réserve est expressément écartée, la clause reste une convention de mariage et elle échappe en particulier à la possibilité d'une réduction. L'attribution totale demeure toujours un avantage matrimonial licite, et l'acquisition reste onéreuse, du moment où il n'y a pas d'enfant d'une précédente union.

Un revirement aussi absolu est quelque peu troublant. Et cependant, on ne saurait taxer la jurisprudence d'incohérence, car la solution de 1899 était en germe dans l'arrêt de 1890 : si c'est en effet par interprétation de l'intention des contractants que la reprise d'apports est réservée aux héritiers du prémourant, les parties peuvent légitimement manifester une volonté contraire, sans modifier la nature de la clause. Et cette idée reste vraie pour toutes les conventions de partage inégal,

que l'attribution soit totale ou partielle, puisque les avantages ainsi conférés sont tous d'essence identique, ne présentant entre eux que des différences de degré.

Cette nouvelle explication de l'article 1525 est-elle conforme à l'esprit des rédacteurs du Code et à la réalité des choses ; ou bien faut-il s'en tenir à l'opinion traditionnellement admise avant 1899 ?

A vrai dire, pris à la lettre, l'article 1525 semble condamner la dernière thèse de la Cour de cassation. Après avoir dit : « il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, *sauf* aux héritiers de l'autre à faire la reprise... », il ajoute : « Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations ». Bien que ces deux propositions figurent dans deux alinéas distincts, on ne saurait contester que la stipulation visée dans le second est celle-là même énoncée dans le premier : or, il s'agit bien de la clause d'attribution totale, *réserve faite des apports*. Dans ces conditions — affirme-t-on — si la reprise n'a pas lieu, on sort du cas régi spécialement par l'article 1525 ; on s'écarte de la fiction qu'il consacre et on retombe dans le droit commun des avantages matrimoniaux, c'est-à-dire qu'on se trouve en présence d'une acquisition gratuite. Un tel enrichissement ne mérite pas la faveur du législateur et — en l'absence d'un texte — il reste soumis aux règles de fond des libéralités entre époux. On cite à l'appui de cette interprétation le passage de Duvergier, relaté plus haut : « La communauté entière (1), gratuitement dévolue... donne droit de reprendre... ».

Il est évident que l'article 1525 est calqué sur cette formule ; mais les deux textes prouvent-ils une volonté indis-

(1) Cf. notre thèse, *supra*, p. 157.

cutable de subordonner le caractère onéreux de la clause à la reprise d'apports?

A notre avis, la mesure édictée n'a qu'un but : attirer l'attention des parties sur le danger d'une attribution totale, qui arriverait à dépouiller injustement un conjoint. Le législateur a pris soin de suppléer à l'ignorance, l'oubli ou l'aveuglement des parties ; dans leur silence, il a voulu les protéger contre elles-mêmes, et éviter une iniquité, irréparable en raison de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais pour les simples attributions partielles, cette sollicitude était inutile, puisqu'aucun époux n'est absolument spolié.

Par contre, si les conjoints ont prévu spécialement la question, s'ils ont manifesté leur volonté formelle d'exclure la réserve d'apports, le problème change ; on sort sans doute des termes exprès de l'article 1525, mais il ne s'en suit nullement que l'avantage diffère de nature : il est d'un émolument plus important, voilà tout ce que l'article 1525 nous oblige à reconnaître. Mais il n'autorise pas l'interprète à affirmer, par un raisonnement *a contrario* toujours dangereux, qu'il y a donation ; tout au plus lui permet-il de dire que cet avantage matrimonial n'est pas forcément une convention de mariage. Qu'est-il donc?

Une *libéralité*, répondent avec ensemble les partisans de la fiction légale. Cette affirmation est conforme à leur point de départ : la logique leur commandait, en dehors des textes, de revenir à la réalité dépourvue par certains articles du Code.

Malheureusement, nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir, car nous avons repoussé trop catégoriquement cette conception arbitraire, factice et fausse, des avantages matrimoniaux pour lui faire une concession aussi grave. Toutes nos critiques s'adressent d'ailleurs aussi bien aux

décisions judiciaires antérieures à 1899, qu'à la majorité de la doctrine restée fidèle à sa première opinion. La jurisprudence ancienne paraissait plus discutable encore, en raison d'une exagération où elle était tombée, sans être suivie par la plupart des auteurs : elle n'hésitait pas à voir une libéralité dans l'ensemble de la clause conférant au survivant la totalité des acquêts et les apports du prédécédé, alors que la seule attribution des premiers est qualifiée expressément de *convention onéreuse* (art. 1525) (1).

Pour l'instant, nous laissons de côté cette question de combinaison des apports et acquêts, nous réservant de la reprendre à propos de la thèse de M. Thiébot, qui s'est fait le champion de la divisibilité des conventions matrimoniales.

Dans l'exposé de la doctrine, nous avons aussi relevé l'opinion originale de M. Colmet de Santerre (2), qui fait varier le caractère de l'attribution totale, selon que la stipulation est réciproque ou unilatérale. Mais cette distinction, pour être ingénieuse, n'en est pas moins divinatoire, l'article 1525 alinéa 2 n'impliquant pas un tel critérium.

Cependant, elle peut se défendre en bonne logique et nous voulons retenir l'idée qui lui sert de base : la clause de plus grande inégalité peut en effet paraître suspecte si un seul des époux, désigné à l'avance, a l'espoir d'en profiter : elle doit attirer l'attention du juge, car elle cachera souvent une intention libérale chez le conjoint désavantagé.

Nous avons jusqu'ici montré que l'attribution de toute la communauté n'avait pas *a priori* un caractère gratuit. S'en suit-il que la dernière jurisprudence nous donne pleine satisfaction, en prenant le contre-pied du système « lucratif » ?

(1) Cette thèse, qui avait été étendue aux simples clauses de partage inégal, a été répudiée en 1890 par les Chambres réunies à l'égard de ces conventions.

(2) Cf. *supra*, p. 96 et 101.

En un mot, la clause de plus grande inégalité ne constitue-t-elle qu'une simple convention de mariage?

Nous ferons tout d'abord remarquer qu'une telle opinion, malgré son allure exorbitante, n'est contraire ni à la tradition coutumière ni aux textes du Code civil.

Au point de vue historique, on nous oppose un passage de Pothier déjà cité (1). Nous ferons remarquer qu'il ne vise pas la situation de l'article 1525, mais seulement le cas où « le mari survivant ne serait tenu de rendre, pour tout droit à la communauté, aux héritiers de sa femme, que ce qu'elle y a apporté ou une certaine somme ». A vrai dire, ni Pothier ni aucun autre auteur ancien ne manifestent la volonté de traiter en donation une attribution d'apports : ils n'ont pas songé à cette hypothèse, car ils ne concevaient pas qu'un époux eût l'idée de renoncer à tout bénéfice dans la communauté. Mais nous irons plus loin : l'esprit de notre ancien droit, si favorable aux avantages matrimoniaux, nous apparaît assez net dans ce texte, pour que nous en déduisions la solution qu'il eût donnée à notre question ; ne dit-il pas plus loin : « Quoique la communauté se trouve très *avantageuse*, cet avantage (partage inégal) ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme ». Dans toutes ces clauses, la raison de décider est identique, car « le mari ne retient point en ce cas les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite..., mais comme clause et condition du contrat de communauté... » (2). Il s'en suit que si nous ne pouvons pas avoir un texte coutumier formel en notre faveur, nous estimons n'en violer aucun et respecter la tradition historique.

Quant aux dispositions du Code, elles ne peuvent rien contre nous, tant elles sont inspirées directement de Pothier : si

(1 et 2) Cf. *supra*, p. 38 et 39.

en particulier l'article 1525 semble imposer la reprise des apports, c'est parce que ce droit était réservé, à *titre d'hypothèse*, dans le premier des exemples indiqués par Pothier : les rédacteurs du Code ont copié ce passage en en faisant un article spécial ; mais nous venons de montrer que l'ensemble et surtout les derniers mots de l'original coutumier paraissent favorables à notre opinion. Tel est d'ailleurs l'avis de M. Wahl (1).

M. Ferron (2), lui aussi, dans une note savante, a fort bien rejeté l'argument *a contrario* tiré de l'article 1525 par la doctrine courante. Il voit dans ce texte une simple présomption : l'attribution entière de la communauté à un époux, avec reprise des apports de l'autre, est nécessairement une convention de mariage. Mais, en dehors des termes de cette disposition, la présomption cesse de jouer ; et si la clause n'a plus forcément le caractère onéreux, l'article 1525 ne lui impose pas non plus une nature gratuite.

La dernière jurisprudence a donc pu légitimement affirmer que l'attribution totale n'était pas soumise aux règles des donations, et traiter sur le même pied tous les avantages matrimoniaux.

Peut-être lui opposera-t-on que les clauses de simple partage inégal ne sont pas comparables, parce que moins iniques. Mais il est facile de montrer que ces stipulations peuvent aboutir à une spoliation plus grave, par un exemple emprunté à M. Ferron (2) : deux époux possèdent chacun une fortune mobilière de 20,000 francs et réalisent pendant leur union 20,000 francs d'économies. Ils se sont mariés sous le régime de communauté avec convention que le survivant aurait droit aux trois quarts des biens communs (première hypothèse) :

(1) Note sous S. 1891, 1, 130 (3^e colonne).

(2) Note sous S. 1900, 1, 233.

à la dissolution, la communauté comprendra 20,000 francs (apports du mari), 20,000 francs (apports de la femme), 20,000 francs (acquêts), soit 60,000 fr., sur lesquels le survivant prendra 45,000 francs, et les héritiers de l'autre 15,000 francs. Ceux-ci subiront en réalité, par suite du partage inégal, une perte de 15,000 francs : cependant, on considère (doctrine courante et jurisprudence depuis 1890) qu'il n'y a pas donation.

Supposons au contraire (deuxième hypothèse) que les conjoints n'aient mis en communauté que chacun 3,000 francs de leur actif mobilier et qu'ils aient décidé que toute la masse, avec les apports, appartiendrait au dernier mourant. A la liquidation, la communauté comprend 20,000 francs d'acquêts, plus 6,000 francs d'apports, soit 26,000 francs, que s'attribue le survivant : les héritiers de l'autre perdent donc moitié de cette somme ou 13,000 francs, et la clause est une libéralité (auteurs et jurisprudence antérieure à 1899).

N'est-il pas illogique et choquant de voir dans la première disposition une convention de mariage et dans la seconde une opération gratuite, alors que cette dernière aboutit à un enrichissement moindre (13,000 francs au lieu de 15,000 francs)? Et si nous avions imaginé, dans l'espèce du début, que la part réservée aux héritiers soit non d'un tiers, mais d'une fraction plus faible, la perte eût été plus sensible encore pour la succession. Mais peu importe, du moment où une quotité, si infime soit-elle, a été exclue de l'attribution, il n'y a pas libéralité.

La Cour de cassation a précisément bien compris ce défaut de logique et la nécessité d'avoir un système unique pour toutes ces clauses, lorsqu'elle a dû statuer le 2 août 1899 : comme les apports de la femme Pety (3,000 francs) étaient d'une valeur modique, en comparaison du chiffre des acquêts, la Cour s'est refusée à voir une donation pour le tout, alors que

la plus grosse partie de l'avantage avait un caractère onéreux incontestable.

Certains esprits, forts de cette considération, sont même allés jusqu'à prétendre qu'un tel arrêt ne se justifiait que comme décision d'espèce, sans avoir la valeur d'un principe général. Nous ne nions pas que la Cour a pu s'inspirer de circonstances particulières à la cause, mais il faut reconnaître à sa formule nouvelle une portée absolue. Elle ne pouvait en effet se soustraire aux conséquences de sa solution de 1890, ni à son raisonnement antérieur. Ayant associé, dans une réglementation sévère, *toutes* les clauses dérogeant à l'égalité du partage, elle ne devait établir aucune distinction le jour où ces conventions seraient traitées plus favorablement : avant 1890, la jurisprudence considérait comme *libéralité* pour le tout une attribution quelconque d'apports et acquêts ; après 1890, elle ne sait pas non plus la part des uns et des autres, mais elle voit une *convention de mariage* dans les clauses affectant à la fois les deux catégories de biens. Sans doute son revirement a-t-il été provoqué par un simple partage inégal ; mais la Cour n'avait aucune raison de ne pas étendre sa solution à une attribution totale de communauté. La logique commandait de faire le même sort à toutes ces stipulations, dans la bonne comme dans la mauvaise fortune. Et neuf ans plus tard, l'occasion se présentant d'affirmer ce besoin d'unité et ce désir d'harmonie, la Cour suprême n'y a pas failli, dans son fameux arrêt de 1899.

Le nouveau système de la jurisprudence est donc tout aussi cohérent que l'ancien ; il a de plus l'avantage appréciable d'être conforme à la nature même des avantages matrimoniaux (comme nous le montrerons plus loin). Au contraire, la doctrine, en voulant se montrer libérale pour les clauses de l'article 1520 et rigoureuse pour celle de l'article 1525

(sans la réserve des apports), a toujours fait preuve d'une certaine *inelegantia juris*.

L'arrêt de 1899 a d'ailleurs été mûrement réfléchi : étant donnée l'espèce, les magistrats auraient pu hésiter à adopter la solution annoncée en 1890. L'analyse du contrat de mariage des époux Pety nous apprend en effet que la femme avait versé à la communauté une somme de 3,000 francs et que cet apport constituait tout son patrimoine. A son décès, l'attribution totale de la communauté au mari survivant avait pour effet de dépouiller complètement les héritiers de la dame Pety, dont la succession devenait sans valeur. Si, dans ces conditions, la Cour a consacré un système qui pouvait paraître inique, c'est qu'elle y était obligée par une sage interprétation des textes du Code et de la volonté des parties ; c'est qu'elle tenait à rester fidèle à un système général et absolu.

Et puis, n'est-il pas permis de s'étonner de l'explication donnée par la doctrine courante à l'article 1525 ? On nous dit que la loi a cherché à protéger les héritiers contre les avantages excessifs entre conjoints. Mais pourquoi étendre à tous les héritiers indistinctement, même non réservataires, le droit indestructible de reprendre les apports de leur auteur ? Le législateur ne s'inquiète pas d'habitude des parents éloignés. Quelle sollicitude extraordinaire ? Et combien nous semble préférable la justification de la Cour de cassation, qui base la reprise des apports sur une intention présumée des parties.

Malgré ces considérations, l'arrêt de 1899 a soulevé un tolle quasi-unanime de protestations.

Les auteurs ont refusé de se rallier : ils reconnaissent (1) bien que cette jurisprudence a le mérite fort séduisant d'une

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, § 1448.

grande simplicité et d'une belle apparence de logique, en n'établissant aucune distinction entre les divers avantages matrimoniaux : n'est-il pas évident en effet que tous ou presque tous affectent à la fois apports et acquêts dans une proportion quelconque ?

Et cependant, la doctrine s'obstine à établir une séparation tranchée entre les stipulations de partage inégal et l'attribution totale, quant à la réserve d'apports. M. A. Colin s'est fait le champion de cette résistance dans une savante note sous l'arrêt de 1899 (1). Il ne part pas de la *fiction légale*, chère à de nombreux juristes, mais d'une sorte de *présomption générale*, qui assigne aux clauses de communauté conventionnelle, si avantageuses soient-elles, le caractère d'actes à titre onéreux : il l'explique par le développement historique du régime et par le désir des conjoints d'équilibrer leurs situations pécuniaires. « Les stipulations qui, en apparence, constituent un avantage pour l'un des époux sont présumées faites en vue de le préserver d'un désavantage, auquel il serait exposé, de telle sorte que ce qui semble blesser l'égalité des conjoints, tend, à vrai dire, à empêcher entre eux de choquantes inégalités ». Les clauses de partage inégal reposent en outre souvent sur une idée d'*assistance* en faveur du survivant : elles constituent à son profit, le plus souvent en usufruit, une masse distincte, prise principalement sur les revenus et accessoirement sur certaines sommes provenant des apports.

Mais la situation est renversée au cas d'attribution totale de la communauté. « Pourra-t-on continuer à soutenir qu'il n'y a pas là une donation ? Non assurément. En accordant tout à l'un et rien à l'autre, peut-on pré-

(1) Dalloz, 1901, 1, 433.

tendre que le contrat n'a cherché qu'à équilibrer les situations en raison de l'inégalité des apports présents et futurs? N'est-ce pas faire violence aux termes comme à l'esprit de la loi que de voir là une convention entre associés, étant donné que, par essence, le contrat de société, dont, en matière de communauté, la loi écarte bien certaines règles, mais non pas toutes, comporte un partage entre les associés? Ne serait-il pas également téméraire de voir dans cette attribution totale en toute propriété l'accomplissement d'une obligation de prévoyance conjugale en faveur du survivant, étant donné que ce but serait suffisamment rempli par une attribution en usufruit? Il nous semble trop évident que, lorsqu'un des époux doit prendre tout, absolument tout, lorsque l'autre se trouve réduit à rien et cela, quand bien même tout son patrimoine est tombé dans la communauté, il est impossible de trouver dans la stipulation cette réciprocité d'avantages respectifs, cette vue intéressée de part et d'autre, qui sont la caractéristique des actes à titre onéreux ».

Nous ne contestons pas l'importance de ces considérations, qui n'avaient pas échappé d'ailleurs à la Cour de cassation. Mais nous y avons suffisamment répondu par avance en montrant que les caractères juridiques des avantages matrimoniaux, imposaient un système contraire. Néanmoins, nous ne pouvons méconnaître les dangers et l'iniquité possibles de notre manière de voir : si la doctrine fait preuve d'une crainte excessive et d'une sollicitude exagérée, au point d'en arriver à dénaturer des conventions dans un but charitable, nous ne voudrions pas mériter le reproche inverse et léser des intérêts légitimes en donnant raison au vieil adage : *summum jus, summa injuria*. Nous avouons plus loin que la jurisprudence ne nous satisfait pas pleinement à ce point de vue et, pour le moment, nous nous plaisons à remarquer que l'opinion cou-

rante ne permet pas les mêmes abus : elle préfère les supprimer radicalement.

Faut-il reconnaître que l'explication donnée par les auteurs à l'article 1525 le second mérite de cadrer bien avec l'article 1527? Les deux dispositions arrivent à consacrer une même vérité, en affirmant qu'un avantage matrimonial affectant uniquement les acquêts vaut comme convention de mariage.

Mais on doit avouer que ces deux articles visent deux situations tout à fait opposées et n'ont guère besoin de concorder : l'article 1525 suppose un mariage unique, où les stipulations entre époux méritent toute la faveur du législateur ; au contraire, l'article 1527 est spécial aux secondes noces, où la protection des enfants d'un premier lit oblige à rechercher rigoureusement le moindre enrichissement entre conjoints.

Nous irons plus loin et nous tirerons de cette observation une nouvelle raison de repousser la thèse de la doctrine. Celle-ci n'établit aucune distinction entre les articles 1525 et 1527, quant à l'attribution totale de communauté : la clause est jugée avec une égale sévérité (qu'il y ait une ou plusieurs unions), et l'on transforme une mesure restrictive et exceptionnelle en un principe général, dans une législation ostensiblement libérale à l'égard des avantages matrimoniaux. Il est vrai qu'on nous reprochera peut-être de faire lettre morte et table rase de l'article 1525 : pourquoi ce texte parle-t-il de reprise d'apports, alors que cette opération, effectuée ou non, ne change pas la nature onéreuse de l'avantage? Nous répondrons que nous maintenons à cette disposition une valeur effective : dans toutes les autres clauses de partage inégal, la réserve d'apports doit être insérée *expressément* au contrat de mariage ; au contraire, dans l'attribution totale, la reprise a lieu, nonobstant le silence des époux, et il faudra, *pour*

l'exclure, une volonté formelle et non équivoque. L'article 1525 n'établit donc pas une distinction entre l'attribution totale affectant les apports de l'époux désavantagé et celle ne frappant que les acquêts : il a uniquement pour but d'éviter la spoliation complète d'un conjoint, ou tout au moins de protéger les parties contre elles-mêmes, au cas où elles seraient oublieuses de leurs propres droits. Si, en connaissance de cause et ayant prévu le danger, elles passent outre, la clause reste une convention de mariage, mais le but de la loi est rempli : les intéressés savent à quoi ils s'engagent.

On a aussi cherché à invoquer contre l'arrêt de 1899 un argument de texte, facile à réfuter. M. Thiébot (1) fait remarquer que l'article 1527 n'accorde pas aux époux pleine liberté pour régler leurs conventions matrimoniales et qu'en particulier le renvoi à l'article 1389 constitue une restriction importante : « Ils ne peuvent faire aucune convention ou renonciation, dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes, dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux, sans préjudice des donations entre vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les cas et dans les formes déterminées par le présent Code ». Si, par exception, — nous dit-on — on peut modifier la dévolution légale des biens au moyen de donations, c'est évidemment qu'il est interdit de le faire par d'autres procédés. Or l'effet des conventions de mariage réalisant des avantages matrimoniaux est analogue à celui des donations ; donc de telles clauses sont interdites « ou plutôt, elles *deviennent de véritables donations* ».

Nous ne saurions admettre le syllogisme, ni dans ses prémisses, ni dans sa conclusion : tout d'abord, l'unanimité

(1) Thèse citée, p. 109.

des interprètes de l'article 1389 se contente d'y voir une répétition de l'interdiction des pactes sur succession future ; il en résulte que les stipulations matrimoniales, ne portant pas atteinte à cette prohibition, sont pleinement valables comme telles. De plus, si cet article avait la large portée que lui reconnaît M. Thiébot, il faudrait, en bonne logique, interdire de le tourner autrement que par des donations véritables, et non pas se contenter de *dénaturer* les opérations juridiques suspectes. Comme nulle part, sauf au cas de remariage, le Code n'assigne aux avantages matrimoniaux le caractère de libéralités, l'assimilation n'a aucune raison d'être, dans le texte invoqué.

Jusqu'ici, nos faveurs sont allées au nouveau système de la jurisprudence : est-ce à dire que nous nous y rallions sans réserve ? Non pas, car la solution de la Chambre civile, généralisée sous forme de principe, apparaît, extrêmement dangereuse et facilite l'échec des règles sur le disponible spécial et les libéralités entre époux : si nous poussons les choses au pis, en supposant une attribution totale jointe à une communauté universelle, on peut aboutir à des abus manifestement contraires à l'esprit du Code civil.

Et cependant, nous n'estimons pas que la Cour de cassation soit allée trop loin dans son revirement de 1899, car elle n'a fait que revenir aux vrais principes, en traitant tous les avantages matrimoniaux en conventions de mariage entre associés. Mais nous déplorons vivement de ne pas trouver dans les derniers attendus la moindre limitation aux passions excessives, si compréhensibles entre époux ; et il est regrettable que la jurisprudence couvre et facilite, sous l'étiquette de clauses de communauté, de véritables libéralités déguisées. Les conjoints peuvent librement se consentir des avantages inhérents au régime ; mais s'il est démontré qu'au lieu de

chercher à assurer le sort de leurs biens respectifs, dans un contrat sagement équilibré, ils ont eu pour but unique de tourner les restrictions du Code en matière de libéralités, la situation doit changer et la faveur de la loi cesse. Si l'intention libérale est manifeste, si les conjoints ont masqué la nature véritable d'une opération juridique déterminée, sous le voile d'une convention onéreuse détournée de sa destination normale, la réalité s'impose au juge : il se trouve en présence d'une *donation déguisée*, qui doit tomber sous le coup de l'article 1099 du Code civil (1).

Ce correctif, appliqué à l'attribution totale de communauté, a les mêmes raisons d'être qu'au cas de communauté universelle, où la jurisprudence l'a inauguré fort heureusement : il s'impose peut-être même avec plus de force, car le danger paraît plus grand.

M. Ferron, dans sa note précitée (2), avait émis déjà cette idée en montrant qu'une telle limitation n'était pas contraire à l'article 1525. Nous connaissons l'interprétation qu'il donne de ce texte : *a priori*, il ne veut voir dans l'attribution totale avec les apports ni une opération onéreuse, ni une acquisition gratuite ; la clause présentera, suivant les circonstances spéciales à l'espèce litigieuse, l'un ou l'autre caractère, laissé à l'appréciation des juges : selon que l'intention libérale apparaîtra ou non, l'avantage sera une donation ou une convention de mariage.

Quant à nous, nous serons plus affirmatifs encore : nous déciderons qu'en principe cette stipulation est de nature onéreuse ; mais si, exceptionnellement, la preuve contraire était faite, l'avantage serait traité comme donation déguisée entre époux.

(1) Cf. notre note sous la p. 201.

(2) *Supra*, p. 164.

C. — *Conclusion*

Cette courte discussion nous conduit à approuver le mouvement jurisprudentiel, depuis l'arrêt de 1890 jusqu'à la décision de 1899 : l'interprétation donnée aujourd'hui aux clauses de partage inégal (y compris la plus exorbitante) a le triple mérite d'être conforme à la tradition historique et à l'esprit du législateur, tout en restant en harmonie avec l'économie même du régime de communauté. Elle n'a pas la prétention de s'appuyer littéralement sur des articles du Code — car ce dernier ne donne pas la solution *positive* du problème — mais elle n'en heurte aucun. Ainsi la jurisprudence moderne a un système bien homogène en matière d'avantages matrimoniaux, nettement favorable et libéral, sans distinction entre les clauses modifiant la composition de la masse commune et celles dérogeant à l'égalité du partage. Il est seulement regrettable que la Cour de cassation ait négligé de baser sa théorie sur des éléments décisifs (historiques, positifs ou économiques) et qu'elle se soit bornée à affirmer sans chercher beaucoup à prouver ; enfin la généralisation du correctif relatif à la communauté universelle eût été heureuse, sinon nécessaire.

Quant à la doctrine courante, elle s'est toujours refusée à approuver cette évolution logique (1). Sans doute arrive-t-elle, pour la plupart des avantages matrimoniaux, aux mêmes résultats pratiques que la jurisprudence ; mais, pour l'attribution totale et sans réserve, l'opposition reste irréductible : cet antagonisme, qui tient uniquement à la vieille idée, arbitraire, de *fiction légale*, durera aussi longtemps que les auteurs considéreront ce principe imaginé comme un dogme intangible.

(1) Sauf M. Ferron qui s'y rallie presque sans réserve.

D. — Critique de la thèse de M. Thiébot

Nous avons jusqu'ici fait le procès de la théorie courante (basée sur la fiction légale) et, par contre-coup, celui de l'opinion de M. Degaigne, qui en est une variante à allure restrictive. Nous avons réservé pour la fin l'examen de la thèse de M. Thiébot, en raison de son originalité (1). Tout d'abord on n'en saurait nier l'apparence très séduisante, car la distinction dont elle procède paraît conforme à la volonté des parties et du législateur. Il peut sembler en effet juridique et logique de laisser aux époux la liberté de disposer des biens légalement communs, et de les obliger à maintenir intact le surplus de leurs patrimoines car l'appauvrissement équivaldrait dans son résultat à une donation ; au contraire la masse commune apparaît comme l'objet naturel des conventions de mariage, en raison de sa destination qui est de pourvoir aux besoins des conjoints. Il est vrai aussi que la plupart des clauses d'un contrat de mariage affectent à la fois des biens normalement communs et des biens qui devraient rester propres aux époux, sous le régime légal. Cette combinaison, cette pénétration empêchent chaque stipulation de constituer, à l'état juridiquement pur, ou une convention de mariage ou une donation. M. Thiébot a le grand mérite de ne pas donner une solution absolue et unique à une question mixte et complexe : au lieu de se prononcer brutalement et exclusivement pour la nature onéreuse

(1) Nous rappelons que la thèse de M. Thiébot repose sur la *divisibilité des conventions de mariage* : d'une façon générale, il veut scinder en deux parties toute stipulation aboutissant à un avantage matrimonial : en tant que portant sur des biens communs, elle serait une convention ordinaire entre associés ; mais elle deviendrait une libéralité dans la mesure où elle frapperait des biens qui, sous le régime légal, seraient restés propres à l'époux appauvri. — Pour les détails, Cf. *supra*, p. 104 et s.

ou gratuite, il décompose chaque clause et lui attribue double effet.

Nous reconnaissons aussi que l'application de cette théorie est particulièrement ingénieuse au cas de partage inégal de la communauté : nous avons montré que la doctrine courante et la jurisprudence ancienne manifestaient une rigueur excessive, en voyant une libéralité pour le tout dans une attribution complète et sans réserve, alors que l'article 1525 qualifiait de convention de mariage la seule disposition des acquêts. Cette exagération était d'autant plus grave qu'elle avait entraîné la Cour de cassation à en commettre une seconde, évitée heureusement par la plupart des auteurs : du moment où le droit d'un conjoint s'étendait à une partie des apports de l'autre, toute clause de partage inégal devenait elle-même une donation. Sans doute cette version avait-elle été répudiée par l'arrêt de 1890, mais il avait fallu attendre celui de 1899 pour trouver une nouvelle interprétation de l'article 1525.

D'ailleurs, en consacrant l'opinion diamétralement opposée, la dernière jurisprudence peut permettre des abus, par l'absence de limitation aux avantages matrimoniaux. M. Thiébot évite les deux écueils avec sa solution intermédiaire, qui sauvegarde tous les intérêts en jeu.

On peut s'étonner qu'une opinion, d'une ingéniosité aussi pratique, n'ait connu qu'un faible succès. C'est qu'à en scruter le fond même, elle apparaît quelque peu illusoire.

Elle avait déjà été émise plusieurs fois à l'occasion des attributions inégales de communauté. M. Coin-Delisle en avait proposé l'application à l'hypothèse de l'article 1525 : « Quand dans une même phrase, il y a deux agissements distincts, ils seront gouvernés chacun par sa loi spéciale » (1). De même,

(1) Coin-Delisle, *Revue critique de législation*. Année 1862, t. XX, p. 219.

un jugement du tribunal civil d'Arras, du 31 mars 1874, n'avait pas hésité à se heurter à une jurisprudence constante, à l'occasion d'une convention accordant au survivant « l'usufruit de tous les biens *propres* et *communs*, que délaissera le prémourant » : il avait considéré cet usufruit « comme appartenant sur les biens propres, en vertu d'une donation entre époux, donnant lieu au droit de mutation, et sur les biens de communauté, en vertu d'une simple convention de mariage exempte d'impôts ». Mais la Cour de cassation rejeta cette manière de voir, en traitant la stipulation comme libéralité pour le tout (1).

Ce principe de la divisibilité des conventions matrimoniales avait toujours été repoussé *a priori*, sans qu'on ait pris la peine de s'arrêter à le discuter longuement. On se contentait de faire remarquer que chaque clause formait « un tout, exclusif de toute ambiguïté et susceptible d'un traitement unique ». Nous savons que M. Thiébot est devenu le nouveau champion de cette théorie délaissée : il a exhumé ce système mort-né pour le revivifier comme principe de solution, en matière d'avantages matrimoniaux. Il a pris soin d'énumérer quelques objections susceptibles de lui être opposées : il les réfute et reste sur ses positions.

C'est ainsi que pour le préciput de la femme renonçante, s'exerçant sur les biens du mari, il admet que la nature de la stipulation reste dans une longue incertitude, au point de vue fiscal, durant le régime : il faut attendre la dissolution du mariage pour savoir s'il y a libéralité et dans quelle mesure. M. Thiébot s'en console en pensant que la situation est identique et générale, au cas de secondes noces, pour tous les avantages matrimoniaux. Mais nous ferons remarquer que cette

(1) D. 1877, 1, 36.

dernière hypothèse est régie par l'article 1527, texte d'allure exceptionnelle, et partant, d'interprétation étroite.

D'autre part, M. Thiébot prévoit une seconde critique : quand une femme renonce à la communauté, il devient inutile de procéder à la liquidation, les biens communs se confondant *ipso facto* avec ceux du mari. Au contraire, cette formalité s'impose pour déterminer si la masse est suffisante à assurer le préciput, d'où complication. — L'auteur ne s'en embarrasse pas : il lui suffit de comparer cette renonciation, payée par le préciput, à une véritable acceptation, où les droits de la femme consistent dans un forfait égal au montant du préciput, fixé d'avance par les parties. — Nous répondrons seulement qu'une assimilation aussi arbitraire aurait besoin de s'appuyer sur un texte, en raison de son allure paradoxale.

Mais il est, à côté de ces objections de détail, une raison capitale, qui rend insoutenable la théorie de la divisibilité des conventions matrimoniales, surtout avec la portée générale que lui reconnaît M. Thiébot. Voulant l'appliquer — en logique au moins — aux clauses modifiant la composition et le partage de la communauté légale, il arrive à un double résultat également critiquable : il établit une distinction inadmissible entre les biens qui tombent en communauté par le *fait de la loi* et ceux qui prennent ce caractère par la seule *volonté de l'homme* et il assimile ces derniers, réellement communs, à de véritables propres. Bien mieux, dans l'hypothèse de l'article 1525, il n'hésite pas à opposer les *acquêts* aux *apports*, légaux ou conventionnels, pour infliger à tous ceux-ci le même traitement qu'aux propres, alors qu'ils semblaient définitivement communs.

Il est d'ailleurs un point qu'il faut rappeler et préciser avant de discuter plus à fond le système de M. Thiébot. Il est certain que dans la formule « apports et capitaux »,

l'article 1525 ne vise aucun propre, même imparfait, qui ne serait tombé que provisoirement en communauté ; il désigne simplement les biens faisant réellement et essentiellement partie intégrante de la masse, en vertu de la loi ou de la convention. On dira peut-être, en jouant sur les mots, qu'au décès d'un époux, ses héritiers peuvent avoir deux sortes de *reprises* à exercer, les unes portant sur les propres, les autres sur les apports. La distinction, loin d'être une pure subtilité, est d'un intérêt capital : alors que les premières existent normalement à la dissolution de toute communauté et s'opèrent en valeur ou en nature (selon la présence ou non de créanciers communs) (1), les secondes ont une allure exceptionnelle et sont spéciales à l'hypothèse prévue par l'article 1525 : elles affectent les mises en communauté d'un époux, qui ne peut jamais les réclamer *in specie*, en vertu d'un droit de propriété.

Dans notre étude, nous avons toujours entendu la « reprise d'apports » de l'article 1525 dans ce dernier sens : c'est ainsi qu'une liquidation de communauté d'acquêts ne saurait comporter l'exercice de ce retrait, mais seulement la *reprise de propres*, techniquement parlant. Nous regrettons d'ailleurs vivement que la jurisprudence elle-même ait souvent confondu les deux choses, dans des attendus équivoques ou inexacts. A ce même point de vue, la pratique notariale nous offre, dans les clauses de partage inégal, de fréquents exemples de la réunion de différentes catégories de biens, dans une stipulation unique. La plupart des contrats de mariage, qui ont donné lieu à des différends, portaient en effet que « le survivant des époux sera propriétaire de la moitié des *conquêts* et il aura en outre l'usufruit de tous les biens *propres* ou *com-*

(1) Note Labbé, sous S. 1878, 2, 193.

muns, mobiliers et immobiliers, que délaissera le prémourant » (1). La question se complique parfois par l'emploi d'expressions impropres, explicable par la terminologie routinière de certains notaires et l'inattention des comparants. C'est ainsi que le contrat parle souvent de *donation*, alors que les conjoints ont cru faire, au moins pour partie, une convention de mariage. Par exemple, « en considération dudit mariage (Archdéacon) et pour se donner des marques de l'estime et de l'affection qu'ils se portent réciproquement, les futurs époux se sont faits, par ces présentes, *donation*, mutuelle et réciproque, et au survivant d'eux, ce qui est accepté respectivement, de l'usufruit et jouissance, à compter du décès du prémourant : 1° de la part et portion qui se trouvera revenir au prédécédé dans les *bénéfices* de la communauté ; 2° de la moitié des *biens particuliers*, tant en meubles qu'immeubles, qui se trouveront appartenir au prémourant au jour de son décès » (2). De même, l'article 8 du contrat de mariage Grégoire (3) portait : « Le survivant sera *donataire* de l'usufruit de *tous* biens, meubles et immeubles, qui appartiendront au prémourant ».

Dans toutes ces hypothèses, une stipulation unique confère à un époux des droits affectant cumulativement trois catégories de biens : acquêts ou bénéfices produits par la collaboration des conjoints — apports tombés en communauté — biens propres.

Veut-on établir dans cette masse confuse une distinction tranchée? Il ne faudra certes pas mettre d'un côté les acquêts, et de l'autre les apports communs et les propres ; mais isoler les biens de communauté de ceux qui restent propres aux

(1) D. 1877, 1, 36.

(2) D. 1875, 1, 205.

(3) S. 1891, 1, 130.

époux : les premiers comprendront indifféremment et au même titre les apports et capitaux, tombés définitivement en communauté du chef de chaque conjoint, et les acquêts réalisés pendant le régime : ils s'opposeront comme tels aux seconds. La communauté repose essentiellement sur cette séparation absolue, seule logique, et sur l'absence de communication entre le patrimoine *propre* des époux et le fonds commun : l'étroite théorie des récompenses est la sanction de cette prescription.

M. Thiébot ne pouvait donc légitimement appliquer un traitement unique aux propres et aux apports, car les uns sont par définition exclus de la communauté, alors que les autres en font partie intégrante. L'harmonie que l'auteur a voulu imposer à sa théorie est incompatible avec le principe même de notre régime légal. Peut-être, au point de vue économique, pourrait-on dire de ces deux sortes de biens qu'ils sont *personnels* à un conjoint, en ce sens qu'ils sont ou ont été, de sa part, l'objet d'un droit de propriété exclusif — alors que les acquêts sont les produits directs de la collaboration commune, sans dépendre réellement de l'un ou l'autre patrimoine. Mais, juridiquement, un tel rapprochement est impossible.

Si on nous objecte que l'article 1525 établit une opposition entre les acquêts et les apports tombés en communauté (dont il exige la reprise), nous répondrons que ce texte s'explique par une pensée équitable du législateur : il lui a semblé qu'un époux ne pouvait raisonnablement se priver d'une part quelconque dans la communauté et, dans le silence des parties, il a cherché à accorder au moins la reprise des mises. Mais si un conjoint refuse expressément de bénéficier de cette mesure de prévoyance, la masse commune continue de former un patrimoine homogène, dont les divers éléments participent d'une même nature juridique, qu'ils soient apports ou acquêts,

et malgré leur origine différente. Et d'ailleurs, si, à la limite, l'article 1525 séparait réellement ces deux catégories de biens, il n'en résulterait pas forcément une assimilation des premiers à des propres.

A ce point de vue, le système de M. Thiébot nous apparaît plus critiquable encore que la jurisprudence ancienne : celle-ci établissait peut-être une distinction théorique entre apports et acquêts, mais, logiquement, elle leur appliquait un traitement identique, en les considérant uniformément comme l'objet d'une opération unique et exclusive : une donation. En particulier, la Cour de cassation affirmait que la disposition en propriété ou usufruit, conférant au survivant des droits cumulés sur apports et acquêts, était *indivisible*, en raison de « l'existence d'une expression et d'un motif uniques ». De même, M. A. Colin, dans une note (1), refusait le dédoublement cher à M. Thiébot en constatant que « l'unité de contexte révélait l'unité des motifs ».

Au fond, cette dernière considération, s'appuyant sur la lettre et l'esprit de telles clauses, est d'une grande justesse, à condition de n'être pas poussée trop loin. Elle reste vraie, appliquée à des choses de même nature et, en ce sens, on peut affirmer que les parties, réunissant dans une seule stipulation des biens d'essence identique — comme les apports et les acquêts — ont entendu les soumettre au même régime. Mais le raisonnement ne tiendrait plus si la convention affectait aussi les propres des époux, à cause de leur caractère nettement distinct sinon opposé. Alors que les biens communs, qualifiés tels par la loi ou le contrat de mariage, forment le domaine normal des conventions matrimoniales, toute disposition de propres, à allure gratuite, ne peut constituer

(1) Note sous D. 1901, 1, 433.

véritablement qu'une donation entre époux : dans le premier cas, il y a avantage matrimonial, vu favorablement par le législateur ; dans le second, libéralité soumise à des règles étroites.

Nous concluons donc en repoussant toute séparation entre apports et acquêts ; mais nous reprochons en outre à la thèse de M. Thiébot de distinguer les biens tombés légalement en communauté de ceux qui, sans convention, seraient restés propres. La masse commune peut varier d'étendue dans des limites allant d'une société d'acquêts à une communauté universelle ; une clause d'ameublement, par exemple, a pour effet de conférer à un immeuble le caractère « commun », tel que le possède un meuble : il perd la qualité originaire de propre, qu'il aurait conservée sans la stipulation, et devient définitivement commun : c'est un apport au sens de l'article 1525. Tous les biens composant la masse commune ont donc une nature identique : ils sont également susceptibles de faire l'objet de conventions matrimoniales, sans que l'opération prenne un caractère gratuit, parce que le bien visé serait resté propre sous le régime légal.

La divisibilité des conventions matrimoniales ne nous paraît donc pas admissible, tout au moins telle que la conçoit M. Thiébot : elle ne s'appuie sur aucun texte ; elle ne peut être étendue aux clauses relatives à la composition de la communauté (comme l'auteur le constate lui-même avec regret), en raison de certains articles du Code trop explicites. Le principe, qui sert de base à cette théorie, repose sur une distinction trop peu juridique entre les biens communs légalement et les biens communs conventionnellement ; enfin, son application aux stipulations de partage inégal et à l'attribution totale oblige M. Thiébot à établir une séparation entre les acquêts et les apports, pour assimiler ces derniers biens

à de véritables propres ; toutes ces idées nous semblent inconciliables avec l'essence même du régime de communauté, qui ne comporte qu'une distinction : biens communs et biens propres, les premiers seuls susceptibles d'être l'objet des conventions de mariage, les seconds ne bénéficiant d'aucune faveur spéciale.

CHAPITRE VII

NOTRE OPINION SOUS FORME DE CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous ne nous sommes pas contenté de poser le problème de la nature juridique des avantages matrimoniaux sous ses différentes faces historique, législative, doctrinale et jurisprudentielle : nous avons aussi cherché à procéder d'un point de vue critique, en examinant les divers systèmes proposés, avec les multiples arguments qu'on a pu jeter dans la discussion. Alors que nous nous refusions à suivre la majorité des auteurs, dans le domaine de la fiction légale, purement imaginaire et divinatoire, ou à nous rallier à une distinction arbitraire entre acquêts et apports, nous avons applaudi à la lente évolution de la Cour de cassation, qui devait aboutir à la négation absolue de la gratuité des avantages matrimoniaux.

Mais jusqu'ici, nous n'avons fait qu'œuvre analytique : nous avons étudié une à une les clauses les plus usitées, susceptibles de favoriser les enrichissements entre époux, et donné notre avis sur chacune d'elles. Il nous faut maintenant nous élever à la hauteur d'un principe, synthétiser nos diverses observations, dégager des idées directrices et édifier un système d'ensemble, conforme à la tradition, aux textes, et à l'économie même du régime de communauté.

Nous n'avons d'ailleurs pu combattre la théorie courante sans laisser percer, au cours de nos critiques, notre opinion personnelle : le moment est venu de l'affirmer et de la for-

muler, en lui donnant une portée générale embrassant entièrement la question.

Nous pensons que tous les avantages entre conjoints, compatibles avec la communauté, doivent être uniformément considérés comme de simples conventions de mariage entre associés; car ce régime est exclusif de toute idée de libéralité, du moment où la disposition n'affecte que la masse commune, sans frapper les biens restés propres.

A cette vérité absolue, nous ne reconnaissons que deux limites, l'une, logique et rationnelle, imposée par la force des circonstances, au cas où *l'intention libérale des parties est manifeste*; l'autre, légale, motivée par le souci d'assurer une protection efficace des *enfants d'un premier lit*, et comportant elle-même une *dérogation*, véritable retour au principe.

A. — Principe

Nous avons vu que la question du caractère juridique des avantages matrimoniaux était intimement liée au problème plus ancien et plus complexe de la nature même de la communauté.

Nous savons que cette dernière institution s'est développée au cours des siècles, s'organisant petit à petit en coutume générale et s'imposant aux conjoints dans ses données essentielles. Avec l'augmentation des fortunes, apparaissent de plus en plus nombreuses les clauses dérogatoires au régime légal et susceptibles de constituer des enrichissements entre époux. Cette communauté conventionnelle, adaptée aux nécessités pratiques et aux besoins nouveaux, a commencé de sembler tout à fait naturelle à nos anciens auteurs : quand elle ne porte pas atteinte à la puissance maritale ni à l'idée fondamentale de l'association conjugale, elle n'a aucune allure suspecte. Sans doute ces stipulations peuvent-elles consacrer maints avan-

tages entre les conjoints, mais l'égalité parfaite est incompatible avec la communauté, en raison de la confusion de patrimoines qu'elle entraîne.

D'ailleurs, le nombre et l'importance de ces conventions de mariage finirent par susciter chez nos derniers auteurs coutumiers des scrupules fort compréhensibles : Pothier en particulier redoute les abus du préciput, de l'ameublissement ou des clauses de partage inégal les plus exorbitantes ; il cherche à en limiter les excès quand l'émolument paraît exagéré. Néanmoins, il reste attaché au principe traditionnel qui fait traiter en acquisitions onéreuses les avantages matrimoniaux ordinaires ; rien ne prouve même, de façon péremptoire, que l'attribution totale de communauté, apports compris, échappe à cette règle : à vrai dire, Pothier ne s'en occupe pas, car il ne conçoit pas qu'un époux renonce ainsi à toute participation aux bénéfices de la masse commune.

Si la doctrine coutumière se montrait si manifestement favorable aux avantages matrimoniaux, alors qu'elle prohibait par ailleurs les donations entre époux, c'est qu'elle y était poussée par sa conception même de la communauté. On était arrivé à voir dans ce régime une sorte d'association, pécuniaire et personnelle, échappant aux règles étroitement égalitaires des sociétés ordinaires : une collaboration efficace supposait la constitution d'une masse commune, dont les époux pouvaient faire varier la consistance et la répartition, suivant leurs situations respectives et leurs besoins réciproques ; il suffisait que la liberté des conventions matrimoniales respectât le cadre et les données essentielles du régime légal et en particulier la distinction des propres et des biens communs. On se rendait parfaitement compte des avantages inhérents à ces stipulations et on les admettait *par faveur* pour la communauté coutumière. La meilleure preuve que le danger n'avait

pas échappé à nos anciens jurisconsultes réside dans la réglementation spéciale édictée au cas de secondes noces : l'Edit de 1560 ne visait que les libéralités véritables, mais on y faisait rentrer par analogie les bénéfices résultant de la communauté.

Cette complaisance manifeste et voulue de notre ancien droit doit se retrouver historiquement et logiquement dans notre Code civil. Tout d'abord, on ne saurait prétendre que le législateur de 1804 n'a pas entendu rester absolument fidèle à une tradition si bien assise. Cette inspiration coutumière se révèle, dans les textes, à un souci d'imitation qui va jusqu'à la servilité : l'article 1516 (préciput) est une reproduction aveugle et maladroite de Pothier ; l'article 1525 ne s'explique que par la copie d'un passage de la même source, prévoyant la reprise des apports au cas d'attribution totale ; les clauses de communauté conventionnelle, que le Code envisage, sont les seules dont l'ancien droit nous révèle la pratique courante. En un mot, les rédacteurs du Code ont en cette matière emprunté à leurs guides habituels la lettre et l'esprit de leur réglementation, sans chercher à modifier ou à expliquer des décisions acquises, qu'ils trouvaient fort naturelles et satisfaisantes.

De plus, une réaction, hostile aux avantages matrimoniaux, serait d'autant moins compréhensible en 1804 que notre nouvelle législation s'est départie de la rigueur excessive des coutumes vis-à-vis des donations entre époux, et qu'elle autorise celles-ci dans une large mesure.

D'ailleurs, tous nos textes sont assez explicites — malgré leur rédaction défectueuse — pour reconnaître aux avantages matrimoniaux le caractère de conventions de mariage. Nous avons suffisamment montré que, loin d'étayer la théorie de la fiction légale, chère à la doctrine, ils se retournent contre elle, si l'on

veut pousser jusqu'au bout une interprétation littérale serrée. D'autre part les deux solutions positives, relatives au préciput et à l'attribution totale, s'expliquent par la reproduction de passages anciens et peut-être aussi par le caractère exorbitant des clauses visées, de sorte que les stipulations moins graves mériteraient *a fortiori* un sort identique. Quant à l'article 1525, il ne peut fournir un argument *a contrario*, au cas où la réserve d'apports est exclue : indépendamment de son origine historique, il révèle simplement le danger du dépouillement absolu d'un conjoint ; le législateur s'est contenté d'attirer l'attention des parties sur une iniquité possible, sans aller jusqu'à dénaturer, dans leur intérêt, une convention passée en pleine connaissance de cause.

Enfin le rapprochement, dans huit sections constitutives d'un même titre, de toutes les clauses modifiant la composition et le partage de la communauté légale, manifeste le souci d'une réglementation unique : la réunion de tous les avantages matrimoniaux dans le seul article 1527 (alinéas 1 et 2) implique une identité de nature et de traitement et ne s'explique que par une assimilation voulue à des conventions onéreuses : si le législateur avait été partisan du caractère gratuit de telles stipulations, il aurait profité de la généralité du texte pour limiter à ce point de vue la liberté des parties.

En se refusant ainsi à voir des donations dans les avantages matrimoniaux, le Code civil, à la suite du droit coutumier, n'a fait que consacrer une réalité juridique inéluctable, imposée par la nature même de notre communauté. Les considérations qui militaient autrefois en faveur des conventions de mariage se retrouvent aussi vivaces dans notre législation, car la communauté, création et émanation purement historiques, est restée ce que l'ont faite de longs siècles de tâtonnements et de pratique.

La communauté légale repose sur un contrat tacite et la communauté conventionnelle n'est elle-même que la juxtaposition de clauses, réglementant le sort présent et futur de certains biens à destination déterminée : toutes ces stipulations, inspirées par des contingences particulières à chaque union, se pénètrent mutuellement dans leur multiplicité et leur complexité, comme les patrimoines qu'elles affectent, pour venir fusionner dans un ensemble cohérent et former proprement le régime matrimonial, caractérisé essentiellement par la présence d'un fonds commun.

Quelle sera la nature de cette charte? *Une société?* Non pas véritablement une société ordinaire, où la loi fondamentale réside dans l'équilibre, ou tout au moins la proportionnalité des apports et des bénéfices et l'égalité des risques. Sans doute la communauté idéale devrait-elle satisfaire à ces exigences, mais la pratique met les époux en présence de nécessités inhérentes à leurs situations respectives : l'union est avant tout une association de personnes et d'existences, mais cette collaboration constante et illimitée suppose, pour s'exercer dans le domaine patrimonial, une caisse commune, un budget familial. Les conjoints, seuls juges de leurs ressources particulières et de leurs besoins communs, sont libres de régler la constitution, le fonctionnement et la liquidation de cette masse, en raison de son affectation, qui est de pourvoir à la vie du ménage et d'assurer à chaque époux, à la dissolution, un sort en rapport avec sa fortune. Les biens, tombés en communauté par la volonté de la loi ou des parties, deviennent juridiquement distincts de ceux restés propres : tel est le grand principe du régime. Par le mécanisme même de la communauté, les mises cessent d'être la propriété personnelle de celui qui en a fait l'apport, pour se trouver frappées d'un droit analogue à une co-propriété. Si la masse commune peut se

former librement, elle doit, logiquement, se partager de même, sans que les héritiers d'un époux aient à prétendre retrouver, en nature ou en valeur, les apports et capitaux de leur auteur. La seule limite imposée par la loi réside dans le renvoi qu'elle fait aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390, dans l'article 1527, alinéa 2 : or aucun de ces textes n'a trait au montant ou à la nature des avantages matrimoniaux.

Et cependant, l'époux enrichi par une des clauses du contrat de mariage n'apparaît-il pas comme un *acquéreur à titre gratuit* ? Nous ferons tout d'abord remarquer qu'il ne bénéficie pas d'une véritable libéralité. Comme le montrait déjà Pothier, « le mari ne retient point en ce cas les biens de la communauté, en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que *c'est une clause et une condition du contrat de communauté*, qui a été fait entre eux... » (1). L'avantage n'est pas consenti réellement par le conjoint qui semble s'appauvrir d'autant ; mais c'est uniquement par une conséquence du régime adopté, que l'autre époux acquiert des éléments du patrimoine associé au sien. C'est en tant que *commun*, et non comme *donataire*, qu'il profite de l'enrichissement : le survivant, par exemple, ne tient pas son droit du prémourant, mais de la communauté, dont il est en quelque sorte l'ayant cause.

En outre, le législateur ne saurait, sous peine d'arbitraire, reconnaître *a priori* le caractère gratuit à toute clause portant avantage. Sous le vain prétexte que les apports pécuniaires respectifs ne sont pas équivalents, on ne peut prétendre que l'époux le moins fortuné est titulaire d'une libéralité : il compensera peut-être son infériorité actuelle ou apparente par des bénéfices ultérieurs en perspective, ou ses aptitudes per-

(1) *Supra*, p. 39.

sonnelles, ses qualités physiques, morales, son industrie, ou son esprit d'économie. Mais cette sorte d'apports *sui generis*, pour ne pas être dans le commerce ni susceptible d'évaluation exacte, n'en forme pas moins une richesse fort appréciable, digne d'être prise en considération et récompensée.

On a prétendu — entre autres M. Degaigue (1) — que ces biens immatériels pouvaient tout au plus parer à l'inégalité des *revenus* et non à celle des mises en *capitaux*. Une affirmation aussi absolue nous semble critiquable : le Code assimile sans doute les revenus et les produits du travail, pour les faire tomber tous en communauté ; mais il reste vrai que les qualités morales d'un époux sont souvent la condition même d'une collaboration efficace et constituent, pour le conjoint qui en est doté, des capitaux d'une fécondité inépuisable.

D'autre part, toutes les clauses du contrat de mariage se pénètrent si intimement et concourent si bien à établir l'équilibre désirable entre les deux patrimoines, qu'il paraît impossible de démêler le degré de gratuité de chaque stipulation prise à l'état isolé.

A vrai dire, la communauté, telle que notre droit national l'a faite, est une institution originale qui se suffit à elle-même, sans pouvoir rentrer véritablement dans le cadre d'aucune autre notion juridique déterminée. Tout en reposant théoriquement sur un principe de société, elle fonctionne différemment, non pas seulement en raison des pouvoirs excessifs du mari ou du rôle modeste et des risques limités de sa compagne — mais à cause de son but même, qui a nécessité des dérogations au droit commun, en vue de résultats intéressants.

L'association de personnes entraîne une pénétration plus ou moins grande des fortunes respectives des conjoints, une fusion

(1) *Supra*, p. 402.

des capitaux et revenus, qui, fatalement, avantagera un époux, et préjudiciera à l'autre dans une certaine mesure, sans qu'on puisse affirmer qu'il y ait société léonine ou libéralité. Sans doute arrivera-t-il que tel enrichissement ne soit pas mathématiquement et économiquement compensé par une inégalité en sens inverse : c'est que la communauté ne peut présenter, au même degré que les conventions dont elle se rapproche, le caractère onéreux juridiquement pur ; elle se teinte forcément d'une nuance de libéralité, dont elle s'accommode fort bien, en raison de l'intimité morale et de la collaboration pécuniaire, qu'elle suppose à sa base. Si le Code ne traite pas, normalement, ces avantages matrimoniaux comme donations, ce n'est pas en vertu d'une fiction légale, faussant à dessein la réalité gênante des choses, mais bien parce que de tels bénéfices sont non seulement compatibles avec le fonctionnement de la communauté, mais inhérents à son mécanisme même : ils n'ont pas été voulus par les époux à titre de libéralités, en ce sens qu'ils n'ont pas été inspirés par un *animus donandi* plus ou moins bien déguisé ; mais ils font partie intégrante d'un régime complexe, en dehors duquel ils sont inconcevables, et où de multiples considérations personnelles viennent jouer sans immixtion possible du législateur.

D'une part, la communauté légale ou conventionnelle apparaît donc comme exclusive du principe d'égalité rigoureuse, qui préside à la formation des *sociétés* ordinaires ; mais elle ne comporte pas, d'autre part, l'application de la règle étroite des équivalences, qui transforme en *libéralité* la moindre acquisition réalisée sans contre-prestation : à vrai dire, elle participe à la fois de la nature de ces deux institutions juridiques, sans que l'une ou l'autre puissent lui enlever sa facture originale de *convention de mariage*. M. A. Colin a fort

bien montré la caractéristique de ce régime (1). « C'est que la communauté légale — et c'est ce qui la fait éliminer dans les contrats — ne réalise l'égalité désirable entre les conjoints, l'équilibre entre les patrimoines, que moyennant un concours de circonstances presque irréalisables : égalité non seulement dans les fortunes actuelles et futures, mais dans leur composition, passif identique des deux côtés, profession également productive chez l'homme et chez la femme, etc... Faute d'un de ces éléments, il est nécessaire d'équilibrer la situation : de là les clauses de communauté conventionnelle. D'où une règle générale qu'on peut formuler ainsi : les stipulations qui, en apparence, constituent un avantage pour un des époux, sont présumées faites en vue de le préserver d'un désavantage auquel il serait exposé, de telle sorte que ce qui semble blesser l'égalité tend à vrai dire à empêcher entre eux de choquantes inégalités ».

Nous regrettons seulement que M. Colin ne fasse l'application de ce raisonnement qu'aux stipulations modifiant la composition de la communauté légale ou à certaines clauses de partage inégal ; il se refuse à l'étendre à l'attribution totale, qu'il considère comme donation, dans l'impossibilité où il est d'y trouver « cette réciprocité d'avantages respectifs, cette vue intéressée de part et d'autre, qui sont la caractéristique d'actes à titre onéreux ». Mais nous pensons avoir suffisamment montré — lors de la discussion de l'article 1525 — que cet avantage d'apparence exorbitante ne méritait pas un traitement spécial, car il est, comme les autres, une simple convention de mariage portant sur les biens communs. D'ailleurs, toutes les dérogations à l'égalité de partage se justifient le plus souvent par une sage idée de *prévoyance* ou d'*assis-*

(1) Note sous D. 1901, 1, 434.

tance à l'égard du dernier conjoint et par le souci légitime de lui assurer un avenir convenable et une situation pécuniaire en rapport avec ses besoins et ses habitudes : ces pratiques sont probablement une survivance de nos antiques gains de survie.

Nous avons ainsi appuyé notre thèse en faveur du caractère onéreux des conventions de mariage sur une longue tradition, sur l'esprit du législateur et surtout sur l'économie et la nature juridique du régime de communauté : nous avons même la satisfaction supplémentaire de nous trouver en communion d'idées presque absolue avec la dernière jurisprudence, à qui nous reprocherons seulement de n'avoir pas cherché à limiter des abus possibles.

Enfin, notre système se présente comme général, embrassant *a fortiori* les avantages matrimoniaux réalisés sous d'autres régimes que la communauté : ils ne peuvent en effet consister qu'en revenus, et leur caractère onéreux est rendu incontestable par la disposition de l'article 1527 *in fine*.

B. — *Première exception* (Intention libérale manifeste)

Tout en donnant à notre solution une large portée, nous n'avons pas la témérité de vouloir la transformer en principe absolu et intangible, car nous ne méconnaissions pas les dangers auxquels elle peut aboutir. Sous couleur d'accorder aux époux pleine liberté dans la stipulation de leurs conventions matrimoniales, on n'a pas le droit de renverser tout le système de notre Code en matière de libéralités entre conjoints. En particulier, la détermination d'un disponible spécial deviendrait lettre morte si les parties pouvaient se consentir, au moment de leur union ou à la liquidation du régime, de *pures libéralités*, en se contentant de leur donner figure de conventions de mariage dans leur contrat.

Pour réprimer les excès où conduirait la liberté des avantages matrimoniaux, un texte de loi est inutile. Les principes d'une sage technique juridique doivent suffire à assurer à un acte déterminé un traitement conforme à sa nature intrinsèque, indépendamment de son apparence.

De droit commun, il arrive parfois que, dans un contrat à titre onéreux, une partie consente à l'autre un avantage, s'analysant en véritable libéralité et équivalant à une donation entre vifs : à raison de leur caractère de stipulations *accessoires et subordonnées*, comprises dans une convention principale qui a ses règles propres et ses conditions de validité, les libéralités, ainsi réalisées, sont valables comme telles, bien qu'elles ne soient pas revêtues des formes solennelles des donations. Mais on leur applique toutes les règles de fond de ces opérations, car ce sont des *donations indirectes*.

Nous venons de supposer des actes sérieux, qui sont vraiment ce qu'ils semblent être, onéreux à titre principal, gratuits à titre accessoire. Imaginons maintenant des situations, où la réalité n'est plus du tout conforme à l'apparence, où la véritable nature de la clause est *masquée* sous le voile d'un contrat déterminé : l'hypothèse ressemble à la précédente, mais s'aggrave d'une simulation. L'exemple topique est fourni par une vente contenant quittance d'un prix non payé : nous avons alors une *donation déguisée*.

On admet généralement la validité de ces conventions, dispensées des formes des donations, mais soumises rigoureusement à toutes les règles de fond des libéralités.

La question qui nous occupe comporte l'application de ces idées. Nous constatons en effet que l'adoption d'une communauté quelconque constitue normalement un pacte de mariage *entre associés*, partant, à titre onéreux. Mais il arrive fatalement, en raison de l'inégalité des fortunes des conjoints

et de la diversité des éléments de leurs patrimoines, que le régime stipulé entraîne un enrichissement pour l'un ou l'autre des époux.

Si l'avantage ainsi réalisé n'est, par rapport à l'ensemble du régime, qu'une conséquence accessoire des conventions matrimoniales, le bénéfice *indirect* qui en résulte ne doit pas être considéré comme donation, ni quant à la forme (c'est naturel), ni même quant au fond. A ce dernier point de vue en effet, il y a lieu d'apporter une dérogation au droit commun, *en raison de l'origine et de la nature même de la communauté*, qui s'accommode fort bien d'une nuance gratuite (nous l'avons montré).

Si au contraire les conjoints n'ont adopté une modalité de la communauté qu'en vue de se gratifier dans une mesure plus ou moins large, si une intention libérale a seule inspiré telle clause du régime portée au contrat de mariage, en un mot s'il y a véritablement *donation déguisée*, l'opération doit être traitée selon sa nature propre, c'est-à-dire soumise aux règles de fond des acquisitions gratuites. Ici, la faveur que mérite la communauté ne peut aller jusqu'à la méconnaissance d'un principe élémentaire et strict d'interprétation juridique : des considérations historiques et morales ont pu nous conduire à négliger les avantages matrimoniaux résultant *indirectement* de la communauté, mais nous ne pouvons nous dérober à une scrupuleuse observation des dispositions essentielles du Code sur les libéralités entre époux.

Nous attachons donc une importance capitale à la distinction qui sépare les avantages matrimoniaux indirects de ceux déguisés, les seconds étant seuls assimilables à des libéralités. Bien que la transition entre les deux notions soit parfois insensible, nous nous en remettons uniquement au juge pour établir cette ligne de démarcation souvent délicate.

Quel sera le critérium qui lui servira de base?

Sans prétendre en donner une définition absolue, nous pouvons dire qu'il reposera essentiellement sur l'*intention libérale* des parties, résultant de l'ensemble des circonstances de la cause. La tâche des tribunaux, pour être difficile, ne sera pas arbitraire : ils s'entoureront de tous les éléments d'appréciation et d'investigation qui sont à leur disposition. Quand une clause leur paraîtra suspecte, ils analyseront l'esprit de tout le contrat de mariage, compareront les ressources respectives, présentes et futures, des conjoints, mettront en balance les différentes stipulations, supputeront l'importance des apports et des acquêts, se baseront sur le caractère réciproque (1) ou aléatoire de l'avantage et scruteront la conscience des parties.

D'ailleurs, comme la convention est en principe de nature onéreuse, ce sera à l'intéressé à faire la preuve de l'*animus donandi* : en tous cas, il ne suffira pas de s'en tenir à l'objet même ou au résultat apparent et immédiat de la stipulation. On ne peut arguer de l'article 1527 alinéa 3, qui consacre ce mode de calcul dans l'hypothèse de « secondes noces » : pour exclure ainsi la recherche de l'intention libérale et considérer cet élément comme indifférent, il a fallu un texte, exceptionnel, d'interprétation stricte. Si nous supposons au contraire, comme situation normale, un mariage unique, peu nous importera que la liquidation de la communauté fasse ressortir un avantage pour un époux, si ce bénéfice n'a pas été *voulu* et cherché comme tel par la partie qui s'est appauvrie d'autant.

(1) Nous savons que M. Colmet de Santerre avait proposé de généraliser ce critérium, basé sur la réciprocité de la clause, et que M. Ferron en a fait une application spéciale au cas d'attribution totale de communauté. — Cf. *supra*, p. 100.

A un autre point de vue, la terminologie sera elle-même souvent inopérante pour modifier le caractère de la clause : le contrat de mariage pourra employer l'expression de « donation » sans que l'interprète soit obligé d'en déduire la gratuité de l'opération, s'il apparaît que les conjoints se sont enrichis dans les limites des simples conventions de mariage licites. Nous avons eu l'occasion de citer maints arrêts en ce sens : la jurisprudence doit se réserver le soin légitime de rechercher si la lettre de la stipulation n'est pas explicable par les habitudes routinières du style notarial ou si elle reflète exactement la pensée des époux.

Notre critérium de l'*intention libérale* n'est donc au fond qu'une question d'espèce. On nous fera peut-être un reproche de cet aveu, en concluant que notre système est dépourvu de toute valeur scientifique, faute de principe absolu à sa base. Mais nous répondrons que nous n'avons pas fait œuvre nouvelle, ni proposé une solution exorbitante, puisque nous nous sommes contenté de généraliser la manière de voir inaugurée par la Cour suprême à l'occasion de la communauté universelle, avec l'approbation de l'unanimité des auteurs. Cette extension d'une règle d'interprétation logique et sage à toutes les libéralités déguisées sous l'étiquette de conventions de mariage ne nous paraît pas conférer aux juges des pouvoirs anormaux : elle constitue simplement une limite efficace aux abus inhérents à un régime de liberté absolue. M. Ferron lui-même, dans sa savante note précitée (1), n'a pas hésité à admettre cette théorie au cas d'attribution totale d'une communauté. Les raisons de décider étant identiques pour tous les avantages matrimoniaux, nous érigeons l'idée en principe général. Nous n'y reconnaitrons qu'une

(1) Cf. note sous S. 1900, 4, 233.

exception : les parties n'étant pas obligées de faire un contrat de mariage, le législateur est impuissant à reprocher aux époux d'avoir adopté le régime de droit commun, puisqu'ils y sont soumis de plein droit. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des avantages qui résultent d'une communauté légale, à moins qu'elle n'ait été elle-même choisie volontairement par contrat (1). Et si l'article 1496 admet une solution opposée dans l'hypothèse d'enfants d'un premier lit, c'est qu'il considère uniquement le résultat, indépendamment de l'intention.

On s'étonne peut-être que nous n'ayons pas emprunté à l'ancien droit — dont nous n'avons cessé d'invoquer l'autorité — le critérium qui nous permet de solutionner le problème juridique des avantages matrimoniaux. Et cependant nous avons conscience de ne pas avoir rompu avec l'esprit de nos antiques coutumes ; nous nous souvenons que Pothier laissait constamment percer sa crainte des clauses excessives et son souci de les réduire à un juste émolument : nous arrivons au même but, mais en employant un moyen différent.

Nous tempérons donc notre principe de la nature onéreuse des conventions de mariage par une réserve puisée dans le domaine des libéralités déguisées et, sous cette condition, nous approuvons pleinement la dernière jurisprudence relative à l'avantage le plus exorbitant. Pour pousser la logique et la technique juridique jusqu'au bout, nous ne reculerons pas devant l'application brutale de l'article 1099, alinéa 2, au cas d'intention libérale manifeste : la stipulation, devenant une donation *déguisée*, doit tomber sous le coup de la nullité édictée par ce texte (2).

(1) On aurait pu reconnaître une libéralité, par exemple, dans l'espèce rapportée, *supra*, p. 127, où il s'agissait d'une communauté légale adoptée expressément.

(2) Sans vouloir relater les longues discussions qu'a soulevées l'interprétation de l'article 1099 alinéa 2, nous rappelons que la dernière jurispru-

C. — *Deuxième exception* (art. 1496 et 1527)

Nous savons que notre Code, continuateur des traditions coutumières exceptionnellement en harmonie avec les idées romaines sur ce point, a cherché à assurer une protection efficace des enfants d'un premier lit. Non content de fixer au conjoint remarié un disponible restreint en faveur de son nouvel époux, il a voulu frapper toute disposition susceptible d'enrichir ce dernier : il est ainsi arrivé à assimiler les avantages matrimoniaux à de véritables libéralités, au point de vue de la réduction pour atteinte à la réserve. A ce moment de notre étude, les particularités des articles 1496 et 1527 deviennent parfaitement explicables. Alors que pour l'opinion générale il y a dans ces textes un retour à la réalité, méconnue au cas de mariage unique grâce à l'intervention de la fameuse

dence de la Cour de cassation — à laquelle nous nous rallions — se résume ainsi : les dangers de la simulation et de la fraude, la nécessité de les conjurer par une sévérité plus grande, ont poussé le législateur à édicter la *nullité* des donations entre époux, *déguisées* ou *faites par personnes interposées*. Elles sont donc soumises à une rigueur spéciale, puisqu'elles deviennent complètement caduques, au lieu de tomber simplement sous l'application des *règles de fond* ordinaires des libéralités, comme les opérations gratuites *indirectes* prévues par l'alinéa 1 du même texte.

Mais cette déchéance n'existe que dans l'intérêt des héritiers réservataires du conjoint appauvri : elle ne peut jouer qu'au décès et suppose que le disponible des articles 1094, 1098 du Code civil a été dépassé.

A l'encontre de ce système généralement accredité, M. Ferron, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, s'est fait le champion d'une théorie dissidente : selon lui, les libéralités, qui se cachent sous un déguisement, ne deviennent pas *nulles pour le tout* dès qu'elles atteignent la réserve des articles 1094 et 1098 ; elles sont seulement *réductibles* dans la mesure où elles excèdent la quotité disponible — sans aucune différence de traitement avec les donations indirectes. M. Ferron s'appuie surtout sur des considérations historiques pour prouver que les termes « nullité » et « réduction » sont équivalents. — Pour le développement de cette thèse, Cf. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1911, t. XL, p. 97 à 113 et 168 à 184.

fiction légale, nous adoptons une manière de voir inverse. La nature intrinsèque des avantages matrimoniaux est onéreuse (nous croyons en avoir fait la preuve); mais ce principe rationnel a dû être formellement écarté dans une situation spéciale : tel est le but des articles 1496 et 1527, dont le caractère exceptionnel est rendu manifeste par le mot « néanmoins » du début.

Dans ces conditions, il nous semble que si l'on tient à invoquer l'idée de *fiction*, l'hypothèse de secondes noces en fournit l'occasion : le législateur a cru bon, pour ménager des intérêts primordiaux, de « dénaturer » dans une certaine mesure des conventions normalement onéreuses; mais cette création — parce que artificielle et arbitraire — doit se limiter aux besoins qui l'ont motivée. Les enfants d'un premier lit sont suffisamment protégés par la *réduction* des avantages matrimoniaux au chiffre de l'article 1098 et par leur *imputation* sur le disponible : c'est à ces seuls résultats que visent les décisions des articles 1496 et 1527. Mais à tous les autres points de vue (révocation, enregistrement, etc...), la réalité reprend ses droits et l'assimilation à des libéralités n'a plus aucune raison d'être, puisque l'intérêt des enfants d'une précédente union est hors de cause.

Au contraire, la doctrine courante est impuissante à expliquer ces effets limités des articles 1496 et 1527. Ces textes consacrant un retour au principe, les auteurs devraient admettre *toutes* les conséquences de la gratuité enfin reconnue : or, ils sacrifient à la logique en se bornant à exiger la seule imputation sur le disponible.

D. — *Dérogation à cette exception*

Nous avons aussi montré que, même dans l'hypothèse de secondes noces, tous les avantages matrimoniaux n'étaient

pas réductibles comme des donations : il faut excepter les simples avantages en *revenus*, sans distinguer entre une répartition par moitié ou un partage inégal. Il en résulte que dans toutes les situations, et quel que soit le régime adopté, ces bénéfices gardent une nature onéreuse indiscutable.

CHAPITRE VIII

ANNEXE — ÉTUDE FISCALE

SECTION PREMIÈRE. — Généralités

C'est à dessein que nous nous sommes réservé d'examiner ce point de vue dans un chapitre final : malgré des divergences fréquentes, on ne saurait nier une certaine pénétration réciproque des deux législations civile et fiscale ; et il nous a semblé utile d'étudier le *caractère* des conventions de mariage, l'étendue et la nature des mutations qu'elles réalisent, avant de rechercher les *règles de taxation* qui leur sont applicables. Il nous faut maintenant reconnaître que c'est dans le domaine de l'Enregistrement que notre problème s'est posé particulièrement irritant. Si nous consultons les innombrables décisions rendues en la matière et les multiples instructions administratives motivées par la question, nous voyons la Régie afficher d'abord un esprit d'hostilité générale peu déguisée à l'endroit des avantages matrimoniaux, comme si elle avait voulu justifier, une fois de plus, l'épithète « d'inutilement tracassière » que lui décernait M. Paul Leroy-Beaulieu. Et pourtant, elle a dû petit à petit, et avec une bonne grâce relative, s'incliner devant les résultats obtenus sur le terrain civil, pour se mettre en harmonie avec la jurisprudence de plus en plus libérale, qui devait aboutir à l'arrêt de 1899. Si bien que maintenant, les points sur lesquels l'Enregistrement est resté en désaccord avec les civilistes sont devenus fort rares.

Il est vrai que les clauses du contrat de mariage que nous envisageons se présentent sous une allure susceptible d'appeler les rigueurs du Fisc : n'est-il pas tentant de taxer comme libéralités des conventions dont la nature onéreuse prête à discussion ? La terminologie elle-même avec son mot « avantage » — quand le style routinier des notaires ne va pas jusqu'à parler de « donation » — devait faciliter une telle manière de voir.

Avant de faire l'historique de la question, qui suffira à nous montrer les variations de l'Administration, il nous semble indispensable de poser quelques principes généraux, destinés à éclairer notre étude.

Nous ferons tout d'abord remarquer qu'il n'est possible de frapper que les seuls avantages *stipulés expressément* avec le régime. Bien que les époux mariés sans contrat soient censés avoir adopté — par une convention tacite — la communauté légale, le Fisc ne saurait intervenir en l'absence d'acte (*instrumentum*) capable d'être déféré aux investigations de ses agents et faute de base de perception. Nous supposons donc un contrat de mariage réglant le sort des patrimoines respectifs des conjoints, sans distinguer entre les régimes organisés ou dénommés par le Code et ceux qui résultent de la combinaison de clauses diverses choisies par les parties.

L'article 68, § 3, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII avait tarifé au droit fixe de 3 francs, porté à 5 francs par l'article 46, n° 2, de la loi du 28 avril 1816, « les contrats de mariage qui ne contiennent d'autres dispositions que les déclarations de la part des futurs de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage et se constituent, sans aucune stipulation *avantageuse* entre eux ». Puis la loi du 28 février 1872 (art. 1^{er}, n° 4), les a soumis au droit gradué remplacé en 1893 (loi du 28 avril, art. 19) par un droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0 en principal, aug-

menté des décimes, calculé « sur le montant net des apports des futurs époux ».

Quels sont les apports passibles de ce droit? L'Administration avait soutenu qu'ils comprenaient, sous quelque régime que ce soit, la fortune personnelle préexistante de chaque époux, mobilière ou immobilière, et non pas seulement ce que chaque conjoint se constitue expressément dans son contrat : il en résultait que si un futur, possédant un avoir important, n'en faisait porter qu'une partie au contrat ou déclarait ne rien apporter, il commettait une dissimulation punissable. Mais cette doctrine fut répudiée à la suite d'un jugement contraire du tribunal de la Seine (1), si bien que le droit proportionnel ne frappe que les biens constatés au contrat de mariage de façon réelle et précise (2).

Si au contraire le contrat ne porte que « la déclaration du régime adopté par les futurs, sans constater de leur part aucun apport », il supporte seulement un droit fixe de 5 francs en principal (loi du 28 avril 1893, art. 20).

Le droit de 0 fr. 20 0/0 ou le droit fixe de 5 francs couvrent toutes les dispositions qui sont de l'essence du contrat de mariage : adoption d'un régime, déclaration, constatation et reconnaissance d'apports. Par suite, les transmissions de propriété ou de jouissance résultant du régime ne donnent lieu à aucune taxe, non plus que les attributions qui en sont la conséquence, *si elles n'ont pas le caractère de libéralité*.

Et cependant le contrat de mariage opère un effet *translatif* certain : ce résultat serait déjà évident au cas de soumission à la simple communauté légale, car les meubles appartenant à chaque conjoint tombent dans la masse commune pour devenir

(1) D. 1876, 3, 15.

(2) Solution administrative de l'Enregistrement, 22 mars 1897, *Journal de l'Enreg.*, 25239

la co-propriété de l'autre. Mais la mutation est plus sensible dans les clauses extensives du fonds commun (ameublement ou communauté universelle) ou dans celles qui règlent le partage égal ou inégal (préciput, forfait, attribution totale ou supérieure à la moitié, etc...). Par contre elle est négligeable, quand le régime confère au mari un droit personnel de jouissance sur les biens de sa femme (régime dotal ou exclusif de communauté) ou quand il oblige un époux à participer aux dépenses du ménage : aussi, dans ces hypothèses où le sort des *revenus* est seul en cause, la question ne supporte aucune difficulté fiscale, en raison de la modicité des biens transmis.

Nous avons vu que les différentes dispositions considérées comme dépendantes du régime sont affranchies de tout droit autre que celui de 0 fr. 20 0/0, à condition qu'elles aient le caractère de *conventions à titre onéreux*. La détermination de leur nature présente donc un intérêt considérable aux yeux de l'Enregistrement : s'il y voit des libéralités, il les taxera comme telles avec une certaine rigueur. A vrai dire, si les avantages matrimoniaux doivent être assimilés à des actes gratuits, ils se présenteront généralement comme des donations, non pas actuelles, à réalisation immédiate, mais *éventuelles*, car leur effet sera le plus souvent subordonné à un événement incertain, le décès d'un époux. Il en résultera une perception tout à fait spéciale : indépendamment du droit de 0 fr. 20 0/0 affectant les apports du contrat de mariage, il sera réclamé, lors de l'enregistrement de cet acte, un droit fixe de 7 fr. 50 en principal, s'élevant, avec les décimes, à 9 fr. 38 (loi du 28 février 1872, art. 4). En outre, à l'arrivée de l'événement, le survivant devra payer le droit proportionnel et progressif de mutation par décès entre époux, variant de 4 francs à 12 fr. 25 0/0, selon l'importance de la libéralité (loi du 8 avril 1910, art. 10).

SECTION II. — Communauté conventionnelle

Nous allons examiner les différentes clauses de communauté conventionnelle susceptibles de constituer des avantages matrimoniaux et voir le sort réservé à chacune d'elles par l'Administration de l'Enregistrement, au cours du XIX^e siècle.

A. — *Clauses restrictives de la masse commune*

Qu'il s'agisse de réalisation ou de séparation de dettes, ces stipulations n'ont jamais été considérées comme passibles d'un droit particulier ; outre qu'elles sont inhérentes au contrat de mariage et non indépendantes, elles résistent par leur nature à toute idée de libéralité, puisqu'elles ont pour but de diminuer le fonds commun et de réduire l'étendue des mutations d'un patrimoine à l'autre.

Et cependant nous savons qu'elles peuvent être l'occasion d'un avantage entre conjoints, mais le Fisc n'a pas prévu ce cas exceptionnel.

B. — *Clauses extensives*1) *Ameublement*

Sous la législation coutumière, l'ameublement produisait une mutation frappée du droit proportionnel de transmission, parce que les apports en société ou en communauté étaient alors soumis à cette taxe, abolie par la loi du 22 frimaire an VII (1). Mais le Ministre des Finances avait pris, le 3 octobre 1828 (2), la décision suivante : « Si l'époux qui a fait l'ameublement (ou ses héritiers) n'use pas du droit que la loi

(1) Dél. adm. Enreg., 28 août 1827, *Journal de l'Enreg.*, 1724.

(2) Instr., n° 1272, § 3.

lui accorde de retenir l'immeuble ameubli en précomptant sa valeur et que cet immeuble passe en tout ou en partie dans la main de l'autre époux, à un titre quelconque et même comme lotissement dans le partage de liquidation, il est dû un droit de mutation entre vifs, dont la quotité se règle d'après la nature de la disposition et selon qu'elle peut être considérée comme équivalant à vente, échange ou à donation ; mais ce droit est dû comme mutation par décès d'immeubles, si l'époux qui n'a pas fait l'ameublissement recueille les biens ameublis par le décès de l'autre époux, et en vertu d'une transmission éventuelle renfermée dans leur contrat de mariage... ».

Une telle solution était contraire au principe juridique de l'assimilation des immeubles ameublis aux acquêts de communauté : elle aboutissait à considérer les premiers comme des biens restés propres, au point qu'ils devaient figurer, pour toute leur valeur, dans la déclaration de succession de l'auteur de l'ameublissement.

Aussi, le 23 décembre 1863 (1), une nouvelle décision rapportait-elle la précédente ; elle affranchissait la clause de tout droit de mutation et de donation éventuelle, quelle que soit l'attribution du bien ameubli à la liquidation, et malgré une renonciation, au cours du mariage, à la faculté d'option de l'article 1509. Il en résulte qu'un contrat de mariage, accordant au survivant la propriété ou l'usufruit des immeubles ameublis, ne donne plus ouverture à aucun droit spécial.

Si nous supposons le mariage dissous par le décès d'un époux, les héritiers doivent comprendre dans la déclaration de succession, avant partage, la moitié de l'immeuble, et après partage, le lot qui leur est échu.

Une difficulté se présente au cas où la femme renonce

(1) D, 4870, 3, 101.

à la communauté : elle ne doit pas opérer la reprise de l'immeuble qu'elle a ameubli ; si elle voulait l'exercer, en désintéressant son mari de la valeur du bien, il y aurait lieu à perception du droit de vente ; cette règle ne souffrirait exception que s'il y avait eu clause de reprise d'apports (solution du 11 septembre 1895 : 8888, Rép. pér.).

Si nous pouvons dire aujourd'hui que l'ameublissement ne donne lieu normalement à aucun droit indépendant des 20 centimes 0/0, il semble que la Régie se réserve la faculté de traiter la convention en donation éventuelle, quand l'intention libérale est manifeste : il a été jugé qu'il y avait donation indirecte, dans une espèce où la future ameublissait tous ses biens présents et futurs, alors que le futur excluait de la communauté tous ceux lui appartenant ou pouvant lui advenir ; de plus la part de l'épouse dans la communauté était fixée à 24,000 francs, tandis que son seul apport immobilier valait 67,000 francs (1).

2) Communauté universelle

L'établissement d'une communauté universelle est généralement considéré par l'Administration comme une simple convention de mariage, quelle que soit la différence de fortune des conjoints. Cette règle ne souffrait à l'origine aucune restriction, comme en fait foi l'espèce suivante qui remonte à 1831 (2) : Les époux Wetzels avaient adopté une communauté à titre universel avec attribution totale au survivant. Au décès de la femme, le mari prétendit n'avoir aucun droit de mutation à payer, alors que la Régie voulut voir dans la stipulation une libéralité égale à la moitié des biens de communauté. Le

(1) Tribunal de Nogent-le-Rotrou, 27 mai 1876, *Rép. périod. Enreg.*, 4401.

(2) Dalloz, *Jurisprudence génér. Enreg.*, n° 3392, note.

tribunal de Wissembourg (6 janvier 1832) et la Cour de cassation (24 novembre 1834), repoussèrent la réclamation de l'Enregistrement : « Attendu que le décès de la femme n'a pas opéré au profit du mari une mutation de propriété, puisqu'elle n'a jamais eu sur les biens de la communauté qu'une expectative qui ne s'est point réalisée, et non des droits acquis..... ; que le sieur Wetzels ne tient pas de sa femme ses droits sur la communauté et qu'il n'a fait que recueillir le fonds et les bénéfices de l'association conjugale ».

Nous savons qu'en 1843, la Cour suprême inaugurait, en matière civile, un nouveau système : s'il résulte clairement des circonstances que la communauté universelle a été consentie uniquement pour faire acquérir une libéralité à un conjoint, il y a lieu de voir dans cette convention une donation véritable. Il nous faut arriver au 18 janvier 1888 pour voir la consécration fiscale de cette idée ingénieuse. Un mari avait fait un apport supérieur à 500,000 francs, tandis que la femme ne possédait que 10,000 francs, qu'elle avait pris soin d'exclure de la communauté universelle. Le contrat portait une attribution totale d'usufruit de la communauté au profit du survivant. Au décès du mari, il a été déclaré une maison dont les enfants devaient recueillir la nue-propriété, et la mère conserver l'usufruit : un droit de mutation en ligne directe fut perçu, sans qu'aucun autre fut offert ou exigé sur l'usufruit.

Trois ans plus tard, l'Administration réclamait à la veuve une somme de 5,000 francs environ, à raison de son usufruit sur l'immeuble. Cette prétention fut admise par le tribunal de Saint-Etienne et confirmée par la Cour suprême (1), se basant, en autres moyens, sur le caractère de donation déguisée de cette communauté universelle.

(1) S. 1890, 1, 179 ; D. 1888, 1, 174.

Quand il y a ainsi libéralité véritable, il semble que le droit de donation est immédiatement exigible : si c'est le mari qui est gratifié, on est sûr que la stipulation recevra toujours son exécution ; le droit de mutation est donc dû sur la moitié des biens donnés et la renonciation ultérieure de la femme, si elle se produit, rendra le droit exigible sur l'autre moitié. Si c'est la femme qui est avantagée, il faudra aussi faire une perception immédiate : malgré la faculté de renonciation lors de la dissolution, la communauté n'en existe pas moins provisoirement, avantageuse pour l'épouse.

Nous ajouterons enfin que la Cour de cassation a longtemps vu une libéralité dans l'attribution totale d'une communauté universelle au survivant (1). Cette opinion était conforme à la jurisprudence générale antérieure à 1890, qui traitait en donation l'avantage portant sur les apports d'un époux. Elle n'est plus suivie depuis l'arrêt des Chambres réunies du 19 décembre 1890 (2).

C. — *Clauses dérogeant à l'égalité du Partage*

1) *Clause dite commerciale*

Le droit de préemption ainsi réservé au survivant lui permet de conserver une exploitation ou un établissement dépendant de la communauté, à charge de tenir compte de sa valeur aux héritiers du prédécédé. On conçoit que le droit de donation éventuelle ne soit pas perçu, car l'avantage est consenti moyennant un équivalent ; mais ne peut-on soutenir que l'estimation vaut vente à l'époux et entraîne un droit correspondant ? L'Administration a toujours admis que cette simple convention entre associés ne rendait exigible

(1) Tribunal de Cambrai, 1^{er} août 1856 (16341, J.) ; Tribunal de Lille, 5 mars 1859 (1154, R. P.).

(2) Cf. plus loin, dans les clauses de partage inégal, p. 217 et suiv.

aucun droit fixe particulier sur le contrat de mariage, et ne donnait pas ouverture, à l'événement, à un droit proportionnel de mutation ou de soulte (1). Peu importe que la part du survivant dans la communauté soit inférieure à la valeur du fonds de commerce conservé, et que, de ce chef, une somme soit payée aux héritiers de l'autre époux : ceux-ci sont censés n'avoir jamais eu d'autre droit que celui d'exiger cette somme ; ils le tiennent du contrat de mariage et ne touchent pas le prix d'une aliénation par eux consentie. L'attribution qui leur est faite en argent est un simple lotissement, uniquement passible du droit de partage (2).

S'il a été stipulé que la femme aurait cette faculté, malgré sa renonciation à la communauté, le droit fixe de 3 francs est dû sur le contrat de mariage, pour cette clause qui vaut promesse de vente. De plus, à la réalisation, la veuve devra acquitter le droit proportionnel de cession sur la valeur totale du fonds. Nous avons vu qu'un jugement du tribunal de Coulommiers (3) avait consacré cette solution : on peut seulement s'étonner de le voir caractériser l'option de la femme, en disant qu'il y a vente ou dation en paiement ; aucune hésitation n'est permise entre ces deux qualifications : la seconde est impropre, car elle suppose une créance préexistante, acquittée avec un objet autre que celui promis. Il est vrai que la question est sans intérêt au point de vue fiscal, les deux opérations étant taxées de façon identique.

2) *Préciput*

Les règles de perception sont formulées dans l'Instruction 1256, § 4 : « 1^o Les préciputs stipulés en vertu de l'ar-

(1) Cass., 7 avril 1856, S. 1856, 1, 538 ; Tribunal de Lille, 27 décembre 1900, S. 1903, 2, 119.

(2) Sol. 15 juin 1883, 22156 J.

(3) Cf. *supra*, p. 134 de notre thèse,

ticle 1515, lorsqu'ils sont à prendre sur les biens de la communauté, ne donnent lieu ni à la perception du droit fixe sur le contrat de mariage, ni à la perception du droit de mutation par décès, lors de l'événement.

2^o Le droit fixe de donation éventuelle continuera d'être perçu sur le contrat de mariage, lorsqu'il sera stipulé que la femme aura le droit de prendre son préciput, même en renonçant à la communauté.

3^o Dans cette espèce, en cas de prédécès du mari et de renonciation par la veuve à la communauté, le droit proportionnel de mutation par décès entre époux sera exigé sur ce préciput ».

Si le préciput ne doit porter que sur des biens communs, il ne donne lieu en principe à aucune perception, mais son exercice rend exigible un droit proportionnel de partage, à l'enregistrement de l'acte constatant l'attribution du prélèvement au bénéficiaire.

Par contre, la femme autorisée à profiter d'un préciput, même au cas de renonciation, est considérée par la Régie comme titulaire d'une libéralité : on percevra le droit fixe de donation éventuelle sur le contrat de mariage, puis, au décès du mari, le droit de mutation, calculé non pas sur la moitié, mais la totalité du préciput, si la femme renonce à la communauté (1).

Nous faisons remarquer que dans cette situation la jurisprudence civile admet maintenant, notamment pour l'imputation sur le disponible, que le préciput reste une simple convention de mariage (2). Bien que nous n'ayons relevé aucune décision rendue en matière fiscale sur la question depuis 1900, on peut affirmer que, sur ce point, il y a opposition entre les

(1) Art. 4 de la loi de Frimaire an VII.

(2) Paris, 12 avril 1900, S. 1904, 2, 39, et *supra*, p. 113.

agents de la Régie et les civilistes : les derniers ouvrages d'Enregistrement maintiennent en effet l'assimilation du préciput de la femme renonçante à une libéralité.

De même, au cas où l'insuffisance de l'actif commun obligerait le survivant à exercer son préciput sur les propres de son conjoint, il y aurait naturellement une véritable donation (1). Si le prélèvement doit porter tant sur les biens de la communauté que sur les propres des époux, le droit de 7 fr. 50 sera perçu lors de l'enregistrement du contrat de mariage, et celui de mutation, à l'événement, sur tout ce qui sera pris sur les propres du prémourant (2).

3) *Forfait de communauté*

Lorsque les époux conviennent que tous les biens communs appartiendront à l'un d'eux, à charge de payer à l'autre une somme déterminée, la clause ne donne, à aucun moment, ouverture à un droit quelconque de mutation par décès ou à titre onéreux.

Avant la loi du 25 février 1901, la Cour de cassation obligeait les héritiers du conjoint débiteur du forfait à déclarer dans la succession de leur auteur tout l'actif de communauté, sans distraction de cette charge (3). Depuis 1901, la déduction est admise, car la somme forfaitaire est une dette de la succession et non des héritiers.

4) *Attribution de parts inégales ou de la totalité de la communauté*

La Régie a toujours montré une unité de vue et une logique absolues à l'égard de ces différentes clauses : elle ne les a jamais

(1) Cass., 12 juin 1872, D. 1872, 1, 328.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 1573.

(3) S. 1854, 1, 202.

différenciées dans leur traitement, les englobant d'abord toutes dans une rigueur implacable, pour leur témoigner ensuite une faveur peu commune de la part de cette Administration.

Jusqu'en 1890, le Fisc n'a cessé de subordonner leur caractère onéreux à la condition de reprise d'apports, effectuée par l'époux désavantagé ou ses héritiers. La réserve de l'article 1525 n'était pas une règle spéciale à l'attribution totale, mais commune à toutes les conventions de mariage, conférant au survivant un droit quelconque, en propriété ou en usufruit, sur les mises du prédécédé : l'avantage ne pouvait affecter que les acquêts, sous peine de devenir une libéralité.

L'Administration estimait qu'il n'y avait aucune raison de distinguer entre les attributions totales ou partielles : tout d'abord, l'article 1525 exprime formellement la volonté du législateur ; le régime de communauté ne doit pas favoriser la transmission des éléments d'un patrimoine à l'autre, au mépris des règles de la réserve ; or ce résultat est tout aussi bien atteint, que la clause dérogeant à l'égalité du partage soit absolue ou relative.

D'autre part, comme la communauté ne constitue pas un être moral, il n'y a à la dissolution aucune mutation entre les époux : ceux-ci sont réputés avoir acquis personnellement, dès le moment de la mise en communauté, les biens dont ils bénéficient. Mais cette fiction n'a sa raison d'être que lorsqu'il s'agit d'acquêts ou de revenus, et non pas d'apports ou de propres.

La Cour de cassation s'était prononcée en ce sens par un certain nombre d'arrêts rendus en matière fiscale (1), à propos

(1) Req. 24 décembre 1850, D. 1854, 5, 129 ; Civil, 21 mars 1860, D. 1860, 1, 111 ; 5 juillet 1876, D. 1877, 1, 36 ; 7 décembre 1886, D. 1887, 1, 343 ; 18 janvier 1888, D. 1888, 1, 174.

d'attribution au survivant de l'usufruit de biens communs. L'Administration, à la faveur de cette jurisprudence, ne se contentait pas de percevoir le droit de mutation par décès sur le montant des apports du prémourant, mais sur la totalité de l'avantage, englobant à la fois les acquêts, les capitaux tombés définitivement en communauté et les propres : la Régie se basait simplement sur une prétendue « indivisibilité de la clause » (1).

Nous avons vu qu'une doctrine assez imposante protestait contre cette interprétation de l'article 1525, contre son extension aux simples conventions de partage inégal et contre l'exagération qui en résultait : les arguments que nous avons cités dans le domaine civil se retrouvent sur le terrain fiscal. Nous savons aussi que les tribunaux du Nord se refusaient à admettre le régime rigoureux de la Cour suprême. De son côté, M. Garnier (2) proposait une atténuation ; il n'admettait le droit proportionnel que si les héritiers du prédécédé ne touchaient pas une part de communauté en rapport avec les mises de leur auteur.

Ces prétentions excessives de l'Administration devaient amener un revirement : il se produisit à l'occasion d'une attribution au survivant de l'usufruit des biens communs revenant aux héritiers du prémourant.

Nous connaissons l'espèce qui a donné lieu au fameux arrêt du 19 décembre 1890, rendu par les Chambres réunies (3) : elle présentait un intérêt fiscal considérable ; aussi, dans son Mémoire, la Régie avait-elle demandé à la Cour suprême de rendre une décision de principe « destinée à servir de règle pour l'avenir ». En décidant qu'une clause de partage inégal,

(1) Notamment l'arrêt du 5 juillet 1876, précité.

(2) *Répert. de l'Enreg.*, t. II, p. 448.

(3) Cf. *supra*, p. 123.

frappant les apports d'un conjoint, restait une convention de mariage, la Cour de cassation a donc rompu avec la jurisprudence antérieure.

L'Administration a d'ailleurs adhéré immédiatement à la thèse de cet arrêt (1). Elle l'a même généralisée en l'étendant à l'attribution totale de communauté, sans réserve d'apports (2) : elle devançait ainsi l'arrêt du 2 août 1899, consacrant en matière civile le caractère onéreux de cette dernière convention.

En résumé, on peut affirmer aujourd'hui qu'aucune clause de partage inégal ne donne ouverture à un droit fixe spécial sur le contrat de mariage, ni à un droit de mutation à l'événement, même si l'avantage porte sur l'apport d'un époux.

Mais il ne faut pas oublier que l'acte, répartissant la communauté entre les époux ou leurs représentants conformément au contrat de mariage, constitue un partage soumis au droit de 0 fr. 20 0/0. Par contre, si les héritiers d'un conjoint reçoivent en argent et non en nature les apports de leur auteur, la Régie n'est pas fondée à réclamer un droit de mutation sur les valeurs communes correspondant à ces reprises. Enfin, si l'époux bénéficiaire d'une convention de mariage renonce en faveur d'une personne quelconque à son avantage, alors qu'il est irrévocablement saisi par le décès de son conjoint, il y a véritable transmission de propriété ou d'usufruit, donnant lieu au droit de mutation à titre gratuit ou onéreux (3). Cet effet translatif ne se produirait pas s'il y avait libéralité véritable (4).

(1) Instr., 2811, § 1.

(2) Décision du 25 janvier 1892, 7794 R. P., 50 R. E

(3) Solut. 23 février 1892, 23965, J.

(4) Cass., 20 février 1855, D. 1855, 1, 70.

SECTION III. — Avantages au cas de secondes noces

Au point de vue civil et notamment au sujet de l'action en retranchement, l'article 1527 est formel pour assimiler les avantages matrimoniaux à de véritables libéralités, en présence d'enfants d'une précédente union. Il semble que le Fisc, fort de ce texte, aurait dû profiter de l'aubaine pour taxer comme donation l'émolument excédant la quotité de l'article 1098. Cependant il a toujours admis que l'existence de descendants d'un premier lit était inopérante pour faire varier les droits exigibles sur des stipulations déterminées.

Championnière et Rigaud (1) expliquent ainsi cette opinion : « Le Fisc ne pourrait pas exciper de cette disposition (art. 1527) pour exiger le droit de donation sur ce qui paraîtrait excéder la portion disponible, car, outre qu'elle n'est faite que dans l'intérêt de la réserve, il résulterait de son application, non l'existence d'une libéralité, mais la réduction de la stipulation ; il n'y aurait pas donation, mais nullité ; ce serait toute la conséquence qu'il serait permis de tirer de l'article 1527, conséquence qui ne conduit pas à la preuve d'une mutation, ni dès lors de l'exigibilité d'un droit proportionnel ».

Il en résulte qu'aujourd'hui où aucun droit n'est perçu sur les avantages matrimoniaux au cas de mariage unique, la Régie ne se départit pas de ce libéralisme dans l'hypothèse de secondes noces.

SECTION IV. — Conclusion

Nous pouvons conclure d'une façon générale que la jurisprudence fiscale est aujourd'hui en harmonie presque parfaite avec la jurisprudence civile ; et nous reconnaissons que le

(1) *Traité des droits d'Enregistrement, de Timbre et d'Hypothèques*, t. IV, 2915.

mérite de l'Administration est grand, de s'être ralliée d'aussi bonne grâce à l'opinion nouvelle, qui tarissait une source abondante pour le Trésor. Les conventions de mariage, malgré les avantages qu'elles consacrent, ont donc un effet purement déclaratif : le conjoint bénéficiaire est censé, à la liquidation, avoir toujours été propriétaire des biens à lui attribués, de telle sorte qu'aucun droit de mutation à titre onéreux ou à titre gratuit n'est exigible.

Cette manière de voir est la consécration indiscutable du système général que nous avons proposé pour solutionner le problème des avantages matrimoniaux. De telles stipulations constituent normalement de simples conventions de mariage, répugnant à toute idée de gratuité, en raison de la nature même de la communauté : cette vérité s'impose aussi bien en matière civile que fiscale, car loin d'être le fruit d'une création arbitraire du législateur, elle répond à l'essence et à l'économie de notre régime national. Si l'on veut à toute force faire intervenir une fiction légale, il faut la restreindre à l'hypothèse d'enfants d'un premier lit : pour sauvegarder des intérêts primordiaux, il a suffi au Code de limiter le montant des avantages du nouveau conjoint, par une assimilation, toute *relative*, à des libéralités. Mais à aucun autre point de vue, ces bénéfices entre époux n'ont une nature gratuite ; ainsi s'explique leur exemption absolue de tout droit d'enregistrement.

Nous regrettons seulement qu'un léger désaccord subsiste encore entre les deux jurisprudences, la Régie se refusant à voir une simple convention de mariage dans le préciput accordé à une femme renonçante.

Enfin, pour être complet, nous devons ajouter que l'Administration ne semble pas devoir favoriser les abus que peut comporter la liberté des avantages matrimoniaux.

Les commentaires des ouvrages fiscaux les plus récents (1) réservent en effet la perception d'un droit de donation, au cas où l'*intention libérale* apparaîtrait manifeste.

Nous rappelons que, pour éviter toute fraude, nous avons précisément proposé et généralisé ce même critérium en matière civile.

(1) *Dictionnaire des droits d'enregistrement...*, t. I, § 808 et 809, de la Communauté.

APPENDICE

PROJETS LÉGISLATIFS

relatifs à la taxation des avantages matrimoniaux

Nous avons vu que la jurisprudence civile et l'Administration de l'Enregistrement étaient arrivées à considérer de façon à peu près uniforme et générale tous les avantages matrimoniaux comme des conventions de mariage. Cette solution, conforme à la nature onéreuse des stipulations en cause, n'en a pas moins pour résultat de priver le Fisc de sommes importantes.

Aussi, sous la pression toujours grandissante des nécessités budgétaires, divers projets ont-ils été incorporés à certaines lois de finances, tendant à rendre les droits de mutation par décès applicables à ces transmissions de biens entre époux.

La première proposition remonte à 1903 et devait figurer sous l'article 3 du budget de l'exercice 1904. Elle était ainsi conçue : « Sont considérés pour la perception du droit de mutation par décès comme faisant partie de la succession de l'époux prédécédé, les biens, meubles ou immeubles, dévolus au conjoint survivant, en vertu d'une convention de mariage rentrant dans les termes des articles 1515 à 1519 et 1520 et 1525 du Code civil ».

Dans la séance du 3 décembre 1903 (1), cette disposition fut votée par la Chambre des députés, malgré l'éloquente

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés (2^e séance), 4 décembre 1903, p. 3149.

protestation de M. de Castelnau, auteur d'un amendement rejeté, destiné à frapper les seuls avantages en apports et non ceux en acquêts.

Mais le Sénat n'admit pas le texte de la Chambre (1) : la Commission de Finances en demanda la disjonction, en vue d'une étude plus approfondie. Cette remise est due à l'intervention de M. Legrand, partisan de l'addition suivante à l'article 3 : pour que la taxation ait lieu, il faudra que « l'époux survivant ne fasse pas renonciation pure et simple au bénéfice de cette convention (matrimoniale). L'enregistrement de ladite renonciation ne donnera lieu qu'à la perception du droit *fixe* ». (En vertu des lois fiscales en vigueur, cette renonciation, emportant transmission d'un bien déjà entré dans le patrimoine du conjoint survivant, aurait dû donner ouverture au droit *proportionnel* de mutation : or cette perception successive de deux droits est inacceptable).

Dans la loi de Finances pour 1911, l'article 12 reproduisait le texte primitif de l'article 3 inséré plus haut. Il fut à nouveau admis par la Chambre des députés, qui ajouta, sur la demande de M. Lefas, le correctif suivant : les droits ne seront exigibles que « *pour la part* où cette convention constitue un avantage sur le partage normal de la communauté » (2).

Cette fois encore, le Sénat refusa de se rallier à cette manière de voir, contraire au droit civil.

Enfin, en 1913, la Commission du budget a repris la disposition votée en 1911, dans l'espoir d'en tirer 1,400,000 francs de recettes. M. Lefebvre du Prez, dans la séance du 27 février, adjura la Chambre de revenir sur ses décisions antérieures et

(1) *Journal officiel*, Sénat (séance du 27 décembre 1903), 28 décembre 1903, p. 1692.

(2) *Journal officiel*, Chambre des députés (1^{re} séance), 10 avril 1911, p. 1903.

de rejeter cette mesure antijuridique. Malgré les instances du Rapporteur, M. Chéron, et du Ministre des Finances, la proposition fut définitivement repoussée par 243 voix contre 227 (1).

Le budget de 1914 ne prévoit plus la question, et il est à souhaiter que ce silence ou cet oubli mettent désormais les avantages matrimoniaux à l'abri de toute mesure fiscale vexatoire.

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés (1^{re} séance), 27 février 1913, p. 627.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 3 mai 1914.

Le Recteur de l'Académie de Nancy,

CH. ADAM.

Membre de l'Institut.

Vu :

Nancy, le 2 mai 1914.

Le Doyen,

E. BINET.

Vu :

Nancy, le 2 mai 1914.

Le Président de la Thèse,

FR. GÉNY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
BIBLIOGRAPHIE	v
INTRODUCTION.	1
CHAPITRE PREMIER. — Considérations générales.	3
A. — Définition des avantages matrimoniaux	3
B. — Principaux avantages matrimoniaux.	6
C. — Différents intérêts pratiques de la question.	12
CHAPITRE II. — Etude historique	21
A. — Droit romain.	21
B. — Ancien droit.	23
SECTION PREMIÈRE. — <i>Droit coutumier</i>	23
SECTION SPÉCIALE. — <i>Les avantages matrimoniaux au cas de remariage.</i>	42
SECTION II. — <i>Pays de droit écrit.</i>	44
C. — Droit intermédiaire.	46
CHAPITRE III. — Œuvre du Code civil.	49
SECTION PREMIÈRE. — <i>Préciput</i> (art. 1515 et 1516)	52
SECTION II. — <i>Attribution totale de la communauté à un époux, réserve faite des apports de l'autre</i> (art. 1525)	56
SECTION III. — <i>Avantages matrimoniaux au cas de secondes noces</i> (art. 1496 et 1527, al. 3)	59
SECTION IV. — <i>Conclusion</i>	75
CHAPITRE IV. — Etat de la doctrine.	77
SECTION PREMIÈRE. — <i>Doctrine courante.</i>	82
A. — Caractères généraux	82
B. — Principaux avantages matrimoniaux.	88
a) Communauté légale	88
b) Communauté conventionnelle.	88
§ 1 ^{er} . — Réalisation. Séparation de dettes.	88
§ 2. — Ameublement	89
§ 3. — Communauté universelle.	91
§ 4. — Clauses de partage inégal	93

a) Préciput improprement dit.	93
b) Parts supérieures à la moitié.	94
1) Caractère de la réserve d'apports prévue par l'article 1525, <i>in fine</i>	95
2) Application de la reprise d'apports aux clauses de partage inégal autres que l'attribution totale	97
C. — Conclusion.	98
SECTION II. — <i>Systèmes originaux</i>	99
A. — Distinction entre les clauses unilatérales et bilatérales	99
B. — Thèse de M. Degaigne.	101
C. — Thèse de M. Thiébot	104
CHAPITRE V. — <i>Variations de la jurisprudence</i>	109
SECTION PREMIÈRE. — <i>Avantages divers</i>	109
SECTION II. — <i>Préciput</i>	113
SECTION III. — <i>Clauses de partage inégal proprement dites</i>	114
a) Jurisprudence antérieure à 1890.	114
b) Jurisprudence postérieure à 1890.	122
c) Arrêt du 2 août 1899.	124
d) Annexe relative à la « clause commerciale ».	129
CHAPITRE VI. — <i>Etude critique de la doctrine et de la jurisprudence</i>	137
A. — Critique générale de la théorie courante de la fiction légale	138
B. — Critique détaillée des solutions admises à l'occasion de chaque avantage matrimonial.	148
SECTION PREMIÈRE. — <i>Communauté légale</i>	149
SECTION II. — <i>Clauses relatives à la composition de la masse commune</i>	149
a) Clauses restrictives	149
b) Clauses extensives	150
§ 1 ^{er} . — Ameublement.	150
§ 2. — Communauté universelle.	151
SECTION III. — <i>Clauses consacrant une inégalité dans le partage de la communauté</i>	152
a) Préciput accordé à la femme renonçante.	152
b) Clauses de partage inégal proprement dites.	154
§ 1 ^{er} . — La réserve d'apports ne s'applique pas aux simples clauses de partage inégal.	154
§ 2. — Caractère de la réserve d'apports au cas spécial d'attribution totale.	158
C. — Conclusion.	174
D. — Critique de la thèse de M. Thiébot.	175

CHAPITRE VII. — Notre opinion sous forme de conclusion générale.	185
A. — Principe.	186
B. — Première exception (Intention libérale manifeste).	195
C. — Deuxième exception (art. 1496 et 1527).	201
D. — Dérogation à cette exception.	203
CHAPITRE VIII. — Annexe — Étude fiscale.	205
SECTION PREMIÈRE. — Généralités.	205
SECTION II. — Communauté conventionnelle.	209
A. — Clauses restrictives de la masse commune.	209
B. — Clauses extensives	209
1) Ameublement.	209
2) Communauté universelle.	211
C. — Clauses dérogeant à l'égalité du partage	213
1) Clause dite commerciale	213
2) Préciput.	214
3) Forfait de communauté.	216
4) Attribution de parts inégales ou de la totalité de la communauté.	216
SECTION III. — Avantages au cas de secondes noces.	220
SECTION IV. — Conclusion	220
APPENDICE (Projets législatifs relatifs à la taxation des avantages matri- moniaux.	223

BAR-SUR-SEINE. — IMPRIMERIE V^o C. SAILLARD

